VITTORIO POLACCO
Professore ordinario di Diritto civile nella R. Università di Padova

LE OBBLIGAZIONI

NEL

DIRITTO CIVILE ITALIANO

CORSO DI LEZIONI

I.

Generalità — Elementi costitutivi delle obbligazioni — Obbligazioni naturali, alternative, a termine — Effetti delle obbligazioni in generale — Caso, dolo, colpa contrattuale, mora e relativa liquidazione dei danni

PADOVA — FRATELLI DRUCKER — VERONA
LIBRAI - EDITORI
1899

VITTORIO POLACCO
Professore ordinario di Diritto civile nella R. Università di Padova

LE OBBLIGAZIONI

NEL

DIRITTO CIVILE ITALIANO

CORSO DI LEZIONI

I

Generalità — Elementi costitutivi delle obbligazioni — Obbligazioni naturali, alternative, a termine — Effetti delle obbligazioni in generale — Caso, dolo, colpa contrattuale, mora e relativa liquidazione dei danni

FRATELLI DRUCKER
VERONA — LIBRAI - EDITORI — PADOVA
1898

PREFAZIONE

Dice assai bene il BEKKER, nel presentare il secondo volume del suo *Sistema delle Pandette*, che ogni prefazione si risolve in una giustificazione. Ora se c' è lavoro che di giustificazione abbisogni, è questo che mi decido a pubblicare dopo non brevi esitanze. Mi preme che non si scambi per un trattato un puro e semplice corso scolastico e che si sappia d' altra parte perchè ho consentito di venire in aiuto ai miei discepoli col dare alle stampe lezioni modestamente loro impartite. A ciò mi ha costretto il dilagare delle litografie, così funeste all' insegnamento universitario, sempre riprovate nella mia scuola, ma tuttavia minaccianti di penetrarvi ora che se ne è fatta anche fra noi una speculazione commerciale per opera di terzi all' Università del tutto estranei. Al pericolo di una riproduzione litografica da me non controllata ho preferito allora la stampa per diretta opera mia, sì da evitare che mi si attribuisca la paternità di cose che non ho dette, ovvero dette in modo diverso

da quello potuto afferrare da uno stenografo probabilmente non giurista.

L' intento di servire alla scuola, se toglie ogni pretesa di novitá o di compiuta dottrina al libro, non ho creduto tuttavia mi dispensasse da ogni e qualsiasi apparato bibliografico, nè dal manifestare qua e là opinioni o seguire sistemi di trattazione disformi dalla corrente più in voga. Non sono esclusivista nel metodo, e però mi guardo bene dal censurare chi nel dare alla luce un corso di lezioni deliberatamente si astiene da ogni citazione e mira più che altro a dogmatizzare, sebbene questo metodo, lodevolissimo nei trattati di Istituzioni, lo sia forse meno nei corsi di lor natura monografici. Ma certo non si vorrà disconoscere il vantaggio pur inerente all' opposto sistema, come quello che abitua fin dal principio i giovani all' arte del discettare e li familiarizza con i più valorosi cultori degli studî giuridici, incitamento e guida ad approfondire da sè gli studî stessi meglio che non si possa negli angusti limiti delle nominali nostre *annate accademiche.*

Nell' ipotesi poco probabile, ma pur sempre possibile, che il libro esca dalla cerchia degli studenti ai quali propriamente si indirizza, desidero si sappia che io per primo avverto le inuguaglianze della trattazione, dove in modo elementare succinta, dove piuttosto diffusa. Ciò si connette per doppia ragione al carattere scolastico dell'opera: anzitutto la piaga delle vacanze, nelle quali ogni anno l' imprevisto ha tanta parte, basta a scompaginare le misure di ogni ben formulato programma: poi non deve,

a mio avviso, togliersi al docente la facoltà di insistere più di proposito su questa o quella parte del trattato, inquanto la creda meglio opportuna a sviluppare il criterio giuridico dei discenti, sia pure che ne resti un po' turbata l'economia del corso. È ciò che io ho fatto, per esempio, in riguardo alle obbligazioni naturali, dichiarandone appunto il didattico intento.

Quanto all'ordine della trattazione, esso in gran parte risulta dal prospetto posto al n. 53, pag. 148-149. Qui noterò soltanto che io riprovo, specie in un trattato scolastico, il sistema di svolgere subito, a proposito della distinzione delle obbligazioni, gli argomenti quanto mai intricati della solidarietà e della indivisibilità. Essi presuppongono troppe cognizioni sul modo di funzionare dell'obbligazione in generale e in particolare sulle cause di sua estinzione, onde mi parve più proprio, per ragion di chiarezza e a scanso di stucchevoli ripetizioni, lo studiare prima in tutte le sue fasi il caso di obbligazione semplice, con un debitore ed un creditore, poi il caso complesso di pluralità di subbietti, inducente o per sè stessa o per la qualità della prestazione dovuta l'applicazione di norme speciali. Che se altrettanto non feci riguardo alle obbligazioni naturali, gli è perchè lo svolgimento loro era fin dapprincipio indispensabile a lumeggiare per via di contrasto il concetto della vera e propria obbligazione civile.

Considerazioni analoghe a quelle or ora indicate per le obbligazioni solidali e indivisibili mi hanno indotto a segregare dal tema degli effetti dell'obbligazione quello,

pure tanto strettamente connesso, dei mezzi onde assicurarne e conseguirne l'adempimento. Come infatti sarebbe stato possibile, per dirne una, il dare sufficiente svolgimento al titolo dell'azione pauliana, sulla cui applicabilità a questo o a quel modo di estinzione delle obbligazioni tanto si disputa, senza avere prima esaminate le varie cause per cui il vincolo obbligatorio può sciogliersi?

Tutto ciò ch'io dovevo dire a mia giustificazione parmi di averlo detto. Non per questo il corso che pubblico sfuggirà a meritata condanna, ma valga almeno come attenuante quello che è stato per me il movente precipuo, il desiderio cioè di non apparire scortese od ingrato di fronte alle lusinghiere insistenze dei miei giovani alunni.

Padova, Maggio 1898.

PARTE PRIMA

Generalità. Nozione dell'obbligazione. Suoi elementi.

PROLEGOMENI

SOMMARIO

1. In due grandi zone si divide il campo vastissimo dei diritti patrimoniali: abbiamo cioè diritti reali da un lato, obbligazioni o diritti di credito dall'altro. Gli uni e gli altri entrano poi ad uguale titolo nel patrimonio, essendo in *bonis nostris*, per dirla col testo romano, tanto, ad esempio, un diritto di proprietà o di servitù quanto un diritto di obbligazione e la relativa azione data dalla legge a suo presidio (1). Gioverà porre sin d'ora, come punto di partenza, la definizione del nostro istituto, salvo a renderne ragione in seguito con una minuta disamina dei suoi elementi. Diremo pertanto che chiamasi obbligazione il rapporto giuridico patrimoniale in forza di cui una persona (che dicesi *debitore*) è vincolata ad una prestazione (d'indole positiva o negativa) verso altra persona (che dicesi *creditore*).

---

(1) l. 49 D. de verb. significat. 50, 16.

In sostanza è il concetto romano, quale trovasi racchiuso nel notissimo pr. Inst. de obl. 3, 13 « *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ».

2. Un buon sistema legislativo assegnerà alle predette due branche dei diritti patrimoniali separata sede. Così è infatti in quei Codici di tipo germanico che hanno seguita la distribuzione, oggimai comune fra pandettisti, dell'intero Diritto civile in cinque parti, la prima contenente i principî generali, la seconda i diritti reali, la terza i diritti di obbligazione, la quarta il diritto di famiglia e di tutela, l'ultima il diritto ereditario. (Esempio il *Codice sassone* del 2 Gennaio 1863 e il nuovo *Codice civile dell'Impero germanico* del 18 Agosto 1896, che entrerà in vigore nel 1900, salva in quest'ultimo la lieve modificazione di premettere la parte delle obbligazioni a quella dei diritti reali. Quanto al *Codice austriaco*, entrato in vigore il 1 Gennaio 1812 nell'Impero e il 1 Gennaio 1816 nel Regno lombardo-veneto, dove serbò forza di legge fino al 1 Settembre 1871, non lo si può dire certo un modello di sistematica, diviso com'è in tre parti, di cui la prima, premessa un'introduzione sulle leggi in generale, è consacrata al Diritto delle persone, la seconda al Diritto sulle cose e la terza alle disposizioni comuni ai diritti delle persone ed ai diritti sulle cose. La seconda parte però è suddivisa in due grandi sezioni, l'una intitolata dei diritti reali, l'altra dei diritti personali sulle cose, sicchè, se non altro, il vantaggio di aver tenute bene distinte queste due categorie dei diritti patrimoniali quel Codice lo presenta).

È ben lontano da siffatta bontà di metodo il Codice nostro con la nota sua tripartizione. Tutto il Libro secondo tratta di diritti reali e di temi ad essi strettamente attinenti, quali la distinzione delle cose ed il possesso (da taluno anzi considerato esso stesso come un diritto simile). Ma *non tutti* però i diritti reali sono ivi compresi: è, per esempio, nel Libro terzo che dobbiamo andare in cerca della materia ipotecaria, è là che si trova disciplinata l'enfiteusi (bensì sotto un punto di vista unilaterale, quasi non potesse costituirsi che per contratto). Le obbligazioni pure sono regolate in questo terzo Libro, e, poichè esso si intitola « *dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose* », parrebbe che il legislatore avesse avuto un concetto troppo angusto dell'istituto, mentre le obbligazioni possono ben essere dirette ad altro fine, esempio le obbligazioni di fare. Ma è tanto vero che la realtà delle cose e dei

rapporti giuridici si impone a tutti i sistemi prestabiliti, che nel Libro terzo il legislatore ha pur dovuto disciplinare obbligazioni che non hanno punto per contenuto l' acquisto o la trasmissione di diritti reali (esempio il contratto di mandato, la locazione d'opera ecc.).

Ciò premesso, noto che la materia che andiamo ad illustrare è contemplata nel Titolo IV di detto Libro (Art. 1097-1377 inclus.), che porta l'epigrafe « *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* ». E qui va segnalata una differenza in confronto del Codice francese, che pure in massima servì di modello al legislatore nostro. Le obbligazioni possono derivare (è cosa che svilupperemo a suo luogo) da molteplici cause, da legge, da contratto, da quasi contratto, da delitto, da quasi delitto (Art. 1097). Orbene, il predetto Titolo del nostro Codice contiene le regole generali che valgono per le obbligazioni, da qualunque di quelle fonti derivino, tantochè in apposite *Sezioni*, oltrechè dei contratti, vi è fatta parola dei quasi contratti, dei delitti e dei quasi delitti. Nel Codice francese invece di queste obbligazioni aventi origine non contrattuale si è fatto un Titolo a parte (il quarto del Libro terzo col titolo Des engagements qui se forment sans conventions) e quello che corrisponde al nostro (il terzo) porta in fronte la scritta *Dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale* (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général). La diversa intitolazione rispecchia dunque una modificazione di contenuto. E fu certamente più esatto il sistema seguito da noi, perchè generalmente le norme che si trovano nel nostro Titolo IV, come nel parallelo Titolo III del Codice francese, sulle diverse specie di obbligazioni, sulle prove e sui varî modi di estinzione, valgono per le obbligazioni tutte, da qualunque causa derivino, mentre a prima vista si dovrebbero dire non applicabili in Diritto francese alle obbligazioni non originate da contratto.

Questo Titolo poi si suddivide in cinque Capi, che trattano, il primo delle cause delle obbligazioni, il secondo delle diverse loro specie, il terzo dei loro effetti, il quarto dei modi con cui si estinguono, il quinto della prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione. Noi però, che del

Diritto civile dobbiamo fare una trattazione scientifica, e non già una pedestre esegesi del Codice, non ci terremo vincolati a siffatte partizioni.

3. Ed ora, prima di scendere all'analisi del concetto di obbligazione, quale risulta dalla definizione datane, mi si consentano alcune osservazioni sull'importanza singolarissima che questa materia presenta per ogni giurista. Potremo così misurarne fin d'ora l'estensione e renderci conto dei coefficenti varî indispensabili per uno studio coscienzioso di essa.

Dobbiamo anzitutto rammentare come questa parte delle obbligazioni sia quella in cui, per comune consenso, più rifulse la romana sapienza. L'obbligazione, ha detto splendidamente il Kuntze, è la figura prediletta della romana giurisprudenza, è una creazione propria del genio romano (1), ond'è che sul *Corpus iuris* si modellarono per questa parte, almeno nelle linee fondamentali, codici moderni di nazioni le più disparate, fra i quali naturalmente il nostro. « Quanto ai principî direttivi di tal materia », così leggesi nella Relazione senatoria presentata sul Progetto del Codice civile nel 1863 e dovuta per questa parte al Vacca, « non era luogo « a profonde e radicali innovazioni: i dettati della sapienza « romana, dei quali può ben considerarsi fedele interprete il « Pothier, porgevano la miglior guida a seguire e fu seguìta « religiosamente dai redattori del Codice francese. Non trat« tavasi quindi che di esplicare e ribadir meglio taluni prin« cipî, emendando qua e là le dubbietà e le perplessità delle « applicazioni ». Ecco intanto accertato quanto sia necessario un buon corredo di studî romanistici per poter intendere bene ed illustrare questa parte, più ancora che le altre del vigente Diritto civile.

Senonchè fu notato giustamente che « per quanto evoluto si presenti nell'ultimo stadio del Diritto romano il concetto di obbligazione, per quanto perfetta ne sembri la teoria,

---

(1) Kuntze, *Die Obligationen im röm. und heut. Recht* (Leipzig, Hinrich 1886), § 2, pag. 4-5.

questo lato della scienza del Diritto non isfugge neppur esso alla legge dell'universale evoluzione » (1). Il mondo cammina e nemmeno il *Corpus iuris*, come nessun codice per quanto eccellente, può rappresentare le colonne d' Ercole in materia di Diritto, destinato a seguire le mutevoli fasi della società che governa. Ora basta pensare in quanti punti l'assetto della società odierna differisca da quello della società romana per concludere che anche in questo campo dovremo trovare dei principî romani tramontati ed una quantità di rapporti, dei quali nel *Corpus iuris* sarebbe vano cercare la norma, perchè relativi allo sviluppo tutto moderno dell' industria e a transazioni commerciali che in allora o non sussistevano affatto ovvero trovavansi in uno stato appena embrionale. Segnalare quei principî di origine romana, che, quantunque trapassati nel Codice, vi stanno però allo stesso titolo onde questa o quella regola, questa o quella parola, già usitate ed ora cadute in desuetudine, rimangono tuttavia indicate in una grammatica o in un dizionario (2), scoprire d'altra parte e cercar di colmare tutte quelle lacune che, per cieco ossequio al tipo romano e senza riguardo alle odierne condizioni economiche, furono pur lasciate nel nostro ordinamento legislativo delle obbligazioni, ecco un altro importantissimo compito che incombe qui al civilista, il quale non voglia limitarsi ad una gretta interpretazione del testo.

Ho fatto cenno delle condizioni economico-sociali alle quali un buon diritto delle obbligazioni deve uniformarsi. Non occorrono infatti molte parole per mettere in rilievo il nesso che questa parte del Diritto civile ha con la *pubblica Economia*. Delle obbligazioni sono precipua fonte i contratti, strumento, fra altro, allo scambio dei servigi e in generale dei valori. Ora, come nota il Minghetti, lo scambio è dell' Economia politica « parte essenzialissima e vitale tanto, da

---

(1) A. Vanni, *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel Diritto romano* (Urbino, Tip. della Cappella 1893), pag. 53.

(2) Tarde, *Les transformations du Droit* (Paris, Alcan 1893), pag. 126, nota 1.

avere meritato che in lei sola si compendiasse tutta l' Economia e le se imponesse il nome di Catallattica » (1). Ecco dunque un altro e assai vasto substrato di cognizioni che il nostro studio domanda.

Per analoghe considerazioni balza immediatamente agli occhi di ognuno il rapporto intimo di questa parte del Diritto civile col *Diritto commerciale*, Diritto contrattuale per eccellenza, che presuppone nota la teoria generale delle obbligazioni quale è fornita dal Codice civile. Tanto è stretto questo legame, che si è potuta manifestare nella scienza italiana una fortissima corrente per la fusione in uno dei due Codici di Diritto privato, avuto riguardo appunto alla comunanza di norme o già esistente o razionalmente richiesta per le obbligazioni tutte, siano civili o commerciali (2). Fusione della quale non mancano esempi legislativi: così la troviamo attuata fino dal 1883 nella Svizzera mercè il *Codice federale unico per le obbligazioni*. Volgiamo finalmente il pensiero alle possibili cause di obbligazioni, e tosto ci si farà palese l' ampiezza del tema. Esse possono derivare da contratti, da quasi contratti, da delitti o da quasi delitti, ch'è quanto dire da atti leciti od illeciti: non basta; possono originare altresì dalla legge, fonte diretta di rapporti obbligatori nelle congiunture più svariate (esempio nel Diritto di famiglia il debito alimentare fra congiunti). Ecco dunque questa pianta rigogliosa delle obbligazioni estendere le sue radici in ogni altra zona del Diritto civile, onde fu detto giustamente che la teoria delle obbligazioni è in Giurispru-

(1) MINGHETTI, *Dell' Economia pubblica e delle sue attinenze con la Morale e col Diritto* (Firenze, Le Monnier 1868). L. III, pag. 259. Desumo dallo stesso MINGHETTI (L. II, pag. 87) che la proposta di denominare l'Economia Catallattica (da καταλλαγή = scambio) fu fatta dal WHATELY (*Introductory Lectures on political Economy*).

(2) Sta alla testa di questo movimento per l'unificazione dei Codici di Diritto privato il VIVANTE, *Trattato di Dir. commerciale*, Vol. I (Torino, Bocca 1893), Introduzione, § 1, pag. 5-28. Non è il caso ch' io qui mi pronunci in argomento, e però ometto di indicare gli altri strenui fautori ed i non meno strenui oppositori di detta fusione.

denza ciò che la teoria del valore è in Economia politica: il problema centrale al quale ci si trova da ogni parte ricondotti (1).

4. Chiudiamo questi prolegomeni con brevi cenni sulla *terminologia*. La parola *obbligazione*, a prescindere dall' uso che se ne fa in argomenti non giuridici (obbl. morali, religiose ecc.) per rimanere nel nostro àmbito dei diritti patrimoniali, sta ad indicare l'intero rapporto nel suo complesso, cioè sotto entrambi gli aspetti, fra loro correlativi, del debito e del credito. La si trova adoprata altresì per indicarne uno solo, e più comunemente il passivo, cioè il debito. Ed è in verità questo lato passivo che ha dato il nome all'intero rapporto, come in materia di diritti reali troviamo essere avvenuto della parola *servitù* (2). Finalmente il vocabolo obbligazione è comunemente usato per significare il titolo, cioè il documento che comprova il vincolo.

Seguendo poi la terminologia romana basata sulla distinzione delle *actiones in rem* e *in personam*, troviamo ancora designate le obbligazioni come *diritti personali in contrapposto ai diritti reali*. Bisogna appunto badare al termine in antitesi al quale l'epiteto di personale si adotta, per averne il giusto significato. Chè altre volte non lo si adopera per contrapporre l'una categoria di diritti patrimoniali all'altra, ma bensì ad esprimere i diritti non patrimoniali (per esempio di famiglia) di fronte ai patrimoniali tutti. Finalmente trovasi usata quella espressione a significare certi diritti che sono strettamente inerenti alla persona del loro titolare, che cessano quindi con essa, o che non possono essere in suo nome esercitati da altri. Sotto questo punto di vista pertanto può darsi che si abbiano diritti reali personali: esempio l'usufrutto e le altre cosidette servitù personali: quivi il diritto è reale obbiettivamente, personale subbiettivamente parlando. Un esempio di tale terminologia ce l'offre l'Art. 890. Ma spesso,

---

(1) Tarde, *Op. cit.*, pag. 125.

(2) Hofmann, *Die Entstehungsgründe der Obligationen* (Wien, Manz 1874), pag. 18, nota 16.

ad evitar confusione, siffatti diritti si denominano *personalissimi* o *strettamente personali*, ovvero (Art. 1234) *esclusivamente inerenti alla persona.*

Per i diritti di credito fu adoprata altresì l'espressione *iura ad rem* di rincontro ai *iura in re* (diritti reali). Questa terminologia però, di origine canonica, non è la più esatta, perchè non tutte le obbligazioni mirano all'acquisto di una cosa pel creditore. Lascio da parte per ora un altro significato che, nella dottrina germanica specialmente, e più in particolare relativamente al Diritto prussiano, ha questa espressione *ius ad rem.* — Chiudo notando che nelle fonti romane si usa per lo più la parola *actio* per indicare il diritto del creditore, che vi è comune ad ambe le parti la parola *reus* (sottinteso *credendi* pel creditore, *debendi* pel debitore) e non infrequente l'uso di *obligatio* per esprimere la causa generatrice dell' obbligazione (esempio l. 19 D. de verb. signif. 50, 16, l. 1 § 3 e 58 D. de pactis, 2, 14, l. 20 D. de iudiciis, 5, 1).

TITOLO I

L' obbligazione in antitesi e in rapporto coi diritti reali.

Capitolo I

DIFFERENZE FRA OBBLIGAZIONI E DIRITTI REALI

SOMMARIO

5. Criterio discretivo fondamentale. — 6. Corollario principale. — 7. Differenze d' ordine secondario, oppure non costanti fra le due categorie di diritti. — 8. Importanza della distinzione nel Diritto giudiziario, e passaggio alla teorica delle azioni miste.

5. La comparazione coi diritti reali è il miglior modo per ottenere che la figura dell'obbligazione balzi fuori nelle linee sue caratteristiche, e ci aprirà la via ad una dettagliata analisi della definizione che ne abbiamo data sin dapprincipio.

Il criterio differenziale fra le due categorie di diritti patrimoniali è fornito dalla *immediatezza* della relazione in cui il soggetto del diritto si trova con l' oggetto di esso, immediatezza che si verifica nei diritti reali e manca in quelli di obbligazione.

Questo criterio è posto in rilievo dal *Codice austriaco* al § 307, che suona: « I diritti che competono ad una persona sulla cosa, non avuto alcun riguardo a certe persone si chiamano diritti reali. I diritti ad una cosa [e noi aggiungiamo o ad un servigio] nascenti soltanto contro certe persone da una legge direttamente o da un atto obbligatorio diconsi diritti personali sulle cose ». Lasciamo stare ora qui l' appunto che può muoversi al Codice austriaco di non essere rimasto sempre fedele a questo giusto criterio, avendo ammesso che possano acquistare carattere reale per il fatto dell'intavolazione diritti per loro natura personali, per esempio il diritto del conduttore (1).

---

(1) Unger, *System des oesterr. allgem. Privatrechts,* Vol. I (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1856), § 62, pag. 549-550.

Ma in che consiste questo concetto dell'immediatezza? Consiste in ciò, che quando si tratta dei diritti reali il diritto si esplica nel suo esercizio direttamente sulla cosa che ne forma l'oggetto e che presta al titolare l'utilità economica da lui propostasi, mentre invece nelle obbligazioni l'utilità cui mira il creditore gli dev'essere procurata dall'opera di un'altra persona, cioè dalla prestazione del debitore. C'è dunque nell'obbligazione un elemento di più, cioè la persona del debitore, che funge da intermediario fra il titolare del diritto e l'oggetto a cui questo si indirizza. E questo elemento ha tanta importanza, che il Diritto romano giunse perfino a mettere in seconda linea l'oggetto della prestazione stessa, considerando come essenziale il vincolo della volontà dell'obbligato, giusta la notissima l. 3 pr. D. de obl. et act. 44. 7 di Paolo: « Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum ».

Il che peraltro non vuol essere preso alla lettera, cioè non nel senso che l'oggetto della prestazione sia elemento trascurabile, mentre infatti è desso che rappresenta l'utilità che il creditore intende procacciarsi, e l'opera del debitore è il mezzo per procurarla: donde la possibilità ch'essa sia da altro mezzo surrogata, come accade nella esecuzione forzosa, il che non sarebbe nemmeno concepibile se tutto il contenuto dell'obbligazione si compendiasse nel vincolo di una determinata volontà (1). Taluno invece è stato tratto a negare che la differenza fondamentale fra diritti reali ed obbligazioni sia quella da noi indicata, solo per avere disconosciuta la vera portata del principio contenuto nel passo di Paolo testè riferito. Così il Maschke osserva: poichè il contenuto giuridico *(Rechtssubstrat)* dell'obbligazione non è la cosa dovuta ma il parziale assoggettamento della volontà del debitore, ne viene che il rapporto fra il soggetto e il contenuto del diritto non è meno diretto ed immediato nelle obbligazioni che nei diritti reali (2).

A questo proposito però occorre uno schiarimento. Quando si dice che il diritto reale ha questo di proprio, che si eser-

---

(1) Cfr. Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Vol. I (Torino, Bocca 1894), n. 26, pag. 52-53.

(2) Maschke, *Das Eigenthum im Civil-und Strafrechte* (Berlin, Wattenbach 1895), Cap. I, § 2, pag. 5.

cita direttamente sulla cosa, non si deve intendere che qui l'obbligata sia la cosa stessa, che fra il titolare e la cosa corra il rapporto giuridico. Ciò non avrebbe senso, dice bene il Windscheid (1), chè tutti i diritti sussistono fra persona e persona, non fra persone e cose, sulle quali si avrà solo una signoria di fatto.

Sarebbe assurdo il dire che sono le cose che hanno il *dovere* di restare soggette alla volontà dell'uomo. Inoltre, dato questo assurdo concetto, ne verrebbe a rigore che tutti i diritti reali si risolverebbero nel possesso, il che veramente ha avuto un sostenitore, il Lenz (2), ma questa teoria non fu, nota il Fuchs (3), quasi nemmeno presa sul serio dalla scienza.

Laonde le espressioni fontali *res obligata est*, *res servit* e simili sono adoprate in un senso semplicemente figurato, ad esprimere la più volte ripetuta immediatezza nell'esercizio del diritto, escludente l'opera di intermediari. E allora dove l'abbiamo qui la persona in confronto alla quale il diritto si eserciti? L'abbiamo, rispondo, nella collettività sociale tutta, nel senso che quante sono persone al mondo debbono rispettare l'esercizio del potere, che al titolare del diritto reale compete direttamente sopra la cosa. Ma anche un diritto di credito, mi si opporrà a questo punto (il diritto per esempio del mutuante verso il mutuatario), dev'essere riconosciuto da tutti e a tutti incombe l'obbligo di non attraversarne l'esercizio (di non trattenere per esempio colla violenza il mutuatario dal pagare la somma dovuta alla scadenza). E però la pretesa distinzione non regge (4). Rispondo che l'obbiezione mossaci include una confusione di idee. Quando si dice che il diritto di obbligazione o di credito spetta in con-

---

(1) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I Bd., 7ª Aufl. (Frankfurt, Rütten u. Loening 1891), § 38, pag. 91.

(2) Lenz, *Das Recht des Besitzes* (1860), pag. 77 e segg., citato dal Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit* (Berlin Heymann 1889), pag. 11.

(3) loc. cit.

(4) Così Neuner e Bremer, cit. dal Thon, *Rechtsnorm u. s. w.* (Weimar, Böhlau, 1878) pag. 207, nota 133 Contra Thon, ibid., Windscheid, *Op. e Vol. cit.*, § 41, nota 1, pag. 95-96, Unger, cit. *System*, Vol. I, § 62, nota 8, pag. 540-511.

fronto ad una determinata persona, mentre il diritto reale in confronto a tutti, si vuol significare soltanto questa verità, essere il *contenuto* dell'obbligazione tale che solo una determinata persona (il debitore) ha la *possibilità* di non prestarlo, perchè è altresì la sola che di prestarlo ha *l'obbligo:* il nesso obbligatorio, come tale, lega solo la persona del debitore al creditore, e quindi egli solo può ledere il diritto col non adempimento: a tutti gli altri incombe, come scrive l'UNGER (1), il generale dovere di non turbare terze persone nella loro attività. Quand'io per esempio, impedisco con la violenza a Tizio di pagare il suo creditore Caio, non è che *io* non adempia il dovere ch'è *correlatico* al diritto di Caio, chè soltanto da parte del debitore si riscontra il dovere di compiere quella tal prestazione correlativa al diritto del creditore. Manco invece all'obbligo generico del *neminem laedere.* Dice bene dunque il DE CRESCENZIO che anche « nei diritti reali troviamo un obbligo, ma esso non è la sostanza del rapporto, sibbene l'effetto di esso, si determina in un modo negativo e riflette tutti, essendo vietato di portare attentati alla proprietà altrui. Nei diritti di obbligazione invece l'obbligo è il fondamento e la sostanza del diritto, si determina in modo positivo e riflette una determinata persona, donde il nome di personali ai relativi diritti » (2).

Detto in che consista, secondo noi, il criterio fondamentale per cui si distinguono le obbligazioni dai diritti reali, non sarà male aggiungere che questo tema ha dato luogo, specialmente in Germania, la terra classica delle concezioni astratte, ad una tale fioritura di teoriche e di sistemi, che sarebbe opera assai ardua il volerli tutti riferire e forse in ultima analisi quanto ardua altrettanto sterile (3). Non posso a meno però di ac-

---

(1) loc. cit.

(2) DE CRESCENZIO in *Enciclopedia giuridica it.* del VALLARDI, Vol. XII, Parte I, v° *Obbligazione*, n. 5, pag. 2. L'illustrazione di questa importantissima voce, lasciata interrotta dal compianto DE CRESCENZIO, è proseguita ora nell'*Enciclopedia* dall'insigne Prof. C. FERRINI.

(3) Se ne può vedere una lunga enumerazione ed analisi in PUNTSCHART, *Die moderne Theorie des Privatrechts u. s. w.* (Leipzig, von Veit 1893), pag. 125-231.

cennare due di queste teoriche, in quanto si prestano a meglio lumeggiare per via di raffronto il criterio da noi adottato.

Comincierò da quella dello ZIEBARTH, autore di un libro veramente geniale (1). Secondo lui ciò che decide della realità o no di un diritto è che il titolare di esso possa o no pretendere nelle vie esecutive la cosa stessa a cui il diritto si riferisce. Tutte le volte che il diritto in questione ammette questa *esecuzione in forma specifica o reale*, come suol dirsi, saremo in cospetto di un diritto reale: se questa coercibilità diretta manchi e il titolare del diritto non possa nelle vie esecutive ottenere la cosa stessa, ma per esempio un suo equivalente o un risarcimento di danni, siamo dinanzi ad un diritto patrimoniale personale. Io non risponderò a questo ragionamento, come hanno pur fatto taluni, che la coercibilità non è dell' essenza dei diritti, perchè se ciò forse può dirsi del diritto considerato astrattamente, non è cosa da accogliersi nel campo del Diritto privato positivo, dove intanto una facoltà è diritto in quanto abbia a suo servizio la coazione pel caso di suo disconoscimento (2). (Nè si opponga l' esempio delle obbligazioni naturali, di cui diremo a lungo in seguito, chè, se difetta loro il mezzo di coazione diretto costituito dall' azione, hanno però altro mezzo di giuridica tutela consistente nella eccezione della *soluti retentio)*. La risposta piuttosto da opporre allo ZIEBARTH è quella del THON, a cui il FUCHS aderisce (3), che cioè, posta la coercibilità come elemento essenziale dei diritti, i mezzi onde la si esplica, cioè i modi varî di esecuzione, non sono quelli che possano decidere sulla qualità e natura del diritto che con la esecuzione forzata si realizza. Lo stadio della esecuzione intanto è eccezionale, nè si può da esso concludere all'originaria natura del diritto, stando di mezzo fra il sorgere del diritto e la giudiziale esecuzione il momento importantissimo della condanna. E poi, osserva a ragione il FUCHS, questo criterio così poco razionale, che subordina il fine al mezzo, cioè la natura del diritto al modo di farlo valere, condurrebbe a concludere che i Romani, almeno nei tempi classici del loro Diritto, non conobbero affatto diritti reali, ma che tutti i diritti vi erano personali, per ciò che in allora la *condemnatio* era sempre pecuniaria (4). Viceversa in oggi non vi sarebbero quasi diritti patrimoniali che non fossero reali, perchè l'esecu-

---

(1) ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe* (Halle Buchhandl. d. Waisenhauses 1866).

(2) Cfr. fra tanti BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giurid. e sociali* (Firenze, Barbera 1891), § 12, pag. 93.

(3) THON, *Op. cit.*, pag. 206 e 316, FUCHS, *Op. cit.* pag. 9-10.

(4) GAI. *Inst.* IV, § 48: « Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; itaque et si corpus aliquod petamus veluti fundum hominem vestem (aurum) argentum iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum

zione in forma specifica la si può sempre ottenere, come si vedrà a suo luogo, trattandosi di obbligazioni di dare, e in quelle pure di fare ove trattisi di opere fungibili, cioè di fatti ch' è indifferente siano posti in essere da una od altra persona (Art. 1220). Queste le assurde conseguenze cui si giungerebbe con la teoria qui oppugnata.

L'altra di cui crediamo opportuno toccare è quella che può chiamarsi dell' assolutezza del diritto. È una teoria antiquata, ma della quale non si può non discorrere, specie dacchè ha cercato di rimetterla in onore in questi ultimi anni il Fuchs nell' opera più volte citata. È diritto reale (dicono i sostenitori di questa teoria) quello che può essere esercitato in confronto a qualsiasi terzo, *adversus omnes*, mentre se il diritto è relativo, esercibile cioè solo in confronto di determinate persone, avremo un diritto di credito o di obbligazione. Ma questa teoria, combattuta assai bene, fra altri, dall'Unger (1), ha, com'egli osserva, il difetto di assumere come caratteristica del dirttto reale, o, per antitesi, dell' obbligazione, quello che ne è semplicemente un effetto ordinario. Pone pertanto l' effetto al posto della causa; infatti, dato pure che tutti i diritti reali siano assoluti, esperibili *erga omnes*, resta a chiederne il perchè e in questo perchè starà veramente il fondamento del distinguere. Laonde con siffatto criterio la questione non la si risolve, ma la si sposta. D'altra parte, poichè un diritto non perde la sua natura perchè vengano meno in talune circostanze gli effetti che ordinariamente produce, così potremo imbatterci in diritti che sono fuor di dubbio e restano reali, tuttochè questa perseguibilità in confronto di qualunque terzo faccia talora difetto. Esempio tipico la proprietà di cose mobili per natura e di titoli al portatore, i quali in confronto a terzi possessori di buona fede *non habent sequelam* (Art. 707); eppure niuno dirà in oggi che la proprietà mobiliare non sia vero e proprio diritto reale, e, se ci fu chi tentò asserirlo in ordine al Diritto germanico per rendersi ragione di quella massima, non ne è mancata però una esauriente confutazione (2). Dunque l'assolutezza

---

est sicut olim fieri solebat (sed ?) aestimata re pecuniam eum condemnat». Deliberatamente abbiamo omesse le interpunzioni in quest' ultima parte del passo, chè l' apporle qua o là equivarrebbe a prendere partito in una questione di storia del Diritto giudiziario romano estranea al compito nostro e sulla quale possono vedersi specialmente Brini, *Della condanna nelle legis actiones* in *Archivio giuridico*, Vol. XXI (1878), pag. 213-278, Montagnon, *De la nature des condemnations civiles à Rome* (Lyon, 1883), su cui l' importante *compte-rendu* del Thaller in *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, VIII (1884), pag. 459-470, Buonamici, *La Storia della procedura civile romana* (Pisa, Nistri 1886), pag. 73-76.

(1) *Op. e Vol. cit* § 61, pag. 512 e segg.

(2) Veggasi Heusler, *Institutionen des deutsch. Privatrechts*, Vol. II, (Leipzig, Duncker u. Humblot 1886), § 79, pag. 3 e segg.

non è sinonimo di realità, quantunque sia attributo che normalmente vi si accompagna; per lo meno dovrà concludersi che non basta da sola a fornire l'essenza caratteristica dei diritti reali in contrapposto alle obbligazioni. Tanto sono veri gli appunti sovresposti, che il Fuchs, volendo tener fermo il concetto dell'assolutezza, è portato a concludere, nell'opera sua più volte ricordata, che non esiste la distinzione dei diritti patrimoniali in sè e per sè nelle due categorie, ma che ci sono solo diritti assoluti e diritti relativi, e sta al legislatore il decidere con le sue norme positive se e quali e quanti diritti creda opportuno di assicurare con un presidio assoluto piuttostochè relativo. Dal che egli è tratto, per esempio, a far plauso al Diritto prussiano, pel quale qualunque diritto diventa reale, nel senso che acquista questa assolutezza di tutela, dopo il passaggio al creditore del possesso della cosa a cui esso diritto si riferisce, o in seguito all'intavolazione del diritto stesso nei registri fondiarî (1). Ora non saremo certo noi, che ci vantiamo eredi della sapienza romana, disposti ad accogliere simile teoria, la quale distruggerebbe la tradizionale bipartizione dei diritti patrimoniali, così rigorosamente stabilita ed applicata nel romano Diritto certo dietro criterî che devono scaturire dalla natura intrinseca delle cose, e non già dipendere dall' arbitrio legislativo (2). Se così non fosse, dovremmo dare ragione al Kindel, il quale, nel combattere detta bipartizione, non si perita di chiamarla illogica e meramente scolastica (3)!

6. Fra i corollarî che discendono dall' adottato criterio differenziale fra diritti reali ed obbligazioni quello che so-

---

(1) *Op. cit., passim* e specialmente a pag. 74-75.

(2) Ci associamo al Brini, *loco cit.*, pag. 237-238, in quanto scrive: « Antichissima dev' essere stata fra i Romani quella concezione e divisione tanto netta e profonda dei diritti immediati sulle cose (tipo la proprietà) e dei diritti di obbligazione. E questa così spiccata distinzione fu vivamente e recisamente ritratta nelle azioni civili dalle due solenni formule *meum est, dare oportet,* alle quali certo furon applicabili fin dalle origini loro quelle stupende parole di Gaio (IV, 4): « sic itaque discretis actionibus, certum est non posse nos rem nostram ab alio petere *Si paret eum dare oportere,* nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum solum id dare nobis intelligitur quod ita datur ut nostrum fiat: nec res quae est nostra, nostra amplius fieri potest ».

(3) Kindel, *Das Recht an der Sache* (Breslau, Morgenstern, 1889) pag. 37. E però io penso che si metta sopra una cattiva strada chi pur fra noi tenta combattere detta bipartizione, sedotto da questi isolati esempî della dottrina germanica, come fa il Granata, *I nuovi orizzonti del Diritto giudiziario — Dell'azione e della competenza in materia civile* (Torino, Unione, 1893) § 3, pag. 15 e segg. e § 4, pag. 25-28.

vrattutto importa notare si è che dall' essere immediata la signoria del titolare del diritto reale sulla cosa, esclusa l' opera di intermediarî, deriva che i terzi potranno ledere un diritto simile solo con azioni positive, col fare alcunchè, poi che l' obbligo loro incombente è di sua natura negativo, è obbligo di non turbare il titolare del diritto, di non frammischiarsi fra lui e la cosa. Invece nell' obbligazione il debitore è tenuto ad una prestazione, la quale poi può avere per contenuto un fatto od un' omissione: ecco dunque la possibilità che il diritto sia leso con un' astensione, cioè col non adempiere il debitore quella prestazione positiva che gl' incombeva. Questo concetto, che è dunque un corollario dei principi già posti, fornisce la chiave per la risoluzione di importanti questioni pratiche. Ci fu, per esempio, chi sostenne che la locazione di cose, ordinata com' è dal Codice francese e dal nostro, genera un diritto reale pel conduttore, e il fulcro di quest'opinione è il principio sancito, dal nostro Codice nell' Art. 1597, dal Codice francese nell' Art. 1743, che, se il locatore aliena la cosa locata, l' acquirente è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore all' alienazione e risulti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa. Trattasi dunque di un diritto reale, fu detto, dal momento che il conduttore lo può in dette circostanze far valere in confronto a qualunque terzo acquirente della cosa locatagli: opponibilità ai terzi ch' è appunto un attributo proprio dei diritti reali. Obbiettiamo che ciò risponderebbe alla teorica, per dir così, dell'*assolutezza* da noi combattuta. Invece col criterio della immediatezza da noi accolto, e in base al dedottone corollario che di fronte ad un diritto reale in sè e per sè i terzi non hanno che l'obbligo negativo del non ledere, siamo condotti alla conclusione opposta. Ricorre infatti di continuo nella locazione l'opera del locatore, quale intermediario fra il conduttore e la cosa, obbligato com'egli è, giusta la definizione stessa del contratto locatizio (Art. 1569, conf. al 1709 Cod. fr.), ad una prestazione positiva, cioè a *far godere* il conduttore della cosa locata, prestazione che si risolve in varî obblighi, come quello della consegna della cosa in istato locativo, del mantenimento di essa in condizioni di

poter servire all'uso per cui fu locata, ecc. (Art. 1569 e 1575). Anzi questa continuata azione del locatore è caratteristica della locazione e si esplica anche quando non ci siano opere materiali, esempio riparazioni a lui incombenti, che rendano palese e per così dire visibile questo intervento di lui. Entra infatti nel concetto di tale contratto che il locatore presti il godimento al conduttore *quotidie et singulis momentis:* è una catena non interrotta di prestazioni di godimento rinnovantisi di momento in momento, concetto non astratto, ma di somma importanza pratica, come si rileva, per esempio, dalle norme che attribuiscono in certi casi al conduttore diritto a riduzione della mercede.

Senonchè ci si potrebbe replicare che l' obbligo di prestazioni positive, come quello di fare le spese necessarie per la conservazione e l'uso della cosa, è compatibile pure con un diritto reale: ci possono essere, per esempio, servitù prediali dove a termini del titolo costitutivo incombano simili spese (esempio il *reficere viam* nella servitù di passaggio) al proprietario del fondo serviente, il che tuttavia non fa perdere alla servitù il carattere della realità. Ma rispondiamo che, data pure simile ipotesi, è ben diverso il caso di queste prestazioni incombenti al proprietario del fondo serviente da quelle incombenti, per esempio, al locatore. Il proprietario del fondo serviente le deve non *ex persona sua*, ma, per dir così, come rappresentante del fondo, ovvero, se vuolsi adottare un'altra costruzione giuridica, può dirsi che quivi si ha bensì un' obbligazione, ma un' obbligazione la quale, lungi dall' influire sulla servitù per toglierle il carattere di diritto reale, si aggiunge ad essa come accessoria, la segue come un satellite e ne subisce le sorti. Donde la conseguenza, affermata dall'Art. 643, che il proprietario del fondo serviente si esime da quest' obbligazione di fare le spese occorrenti per l' uso e conservazione della servitù con l' abbandono del fondo. Il locatore invece non ha modo di esimersene, non vi si può sottrarre pretendendo di cedere la cosa locata al conduttore, e ciò perchè siamo di fronte ad un vincolo personale, ad un' *obbligatio faciendi* che in via principale e non accessoria lega l' un contraente all' altro.

7. Posto il criterio fondamentale per cui si distinguono le due categorie di diritti patrimoniali, giova ora indicare altre differenze fra loro, le quali o sono in confronto d'ordine secondario, oppure ricorrono normalmente ma non già necessariamente e sempre (1).

1°) Il diritto reale è di regola assoluto, cioè può farsi valere in confronto a qualunque terzo, *adversus omnes*, il diritto di obbligazione relativo, non esce cioè di regola dai rapporti fra le parti (creditore e debitore), non propaga la sua azione vincolatrice ai terzi. Il diritto reale pertanto, ciò che non suol essere del diritto di obbligazione, importa, per dirla alla francese, un *diritto di seguito (droit de suite)*, cioè d'ordinario il titolare di un diritto reale può, per esercitarlo, perseguitare la cosa presso qualsiasi possessore o detentore. Così il proprietario di un immobile lo rivendica da qualunque lo detenga, e parimenti il creditore che ottenne un'ipoteca, diritto reale di garanzia su beni del debitore o d'altri, è al sicuro per quanti trapassi avvengano di quei beni da una ad altra mano, chè li colpirà presso l'ultimo acquirente il giorno in cui si trovi a dover esperire l'azione ipotecaria perchè non debitamente soddisfatto (Art. 1964, 2° capoverso). Invece l'esercizio del diritto di credito non importa *per sè sola* persecuzione di cose del debitore presso terzi. Se io dunque ho verso Tizio un credito semplicemente chirografario, certo egli è tenuto a risponderne con tutti i suoi beni presenti e futuri (Art. 1948), ma questo vincolo generale del suo patrimonio non toglie a lui la disponibilità di singoli beni suoi nel modo più assoluto, sì da poterneli far uscire con atti di alienazione senza che io possa perseguitarli presso gli acquirenti (Ciò beninteso salva l'ipotesi di frode che faccia luogo all'applicabilità dell'azione pauliana o revocatoria, di cui si dirà a suo luogo). Un esempio spiccatissimo di questo diverso modo di operare che contraddistingue normalmente i diritti reali e quelli di obbligazione lo abbiamo raffrontando l'ipoteca all'anticresi. Sotto

---

(1) Cf., oltre all'Unger più volte citato, De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation* (Paris, Thorin 1873), n. 65, pag. 92 e segg.

una forma diversa dall'ipoteca (della quale il concetto è dato dall'Art. 1964) possono gli immobili prestare garanzia ad un credito, cioè mediante l'anticresi, contratto intercedente fra debitore e creditore, e in virtù del quale questi entra nel godimento di un immobile del debitore ed acquista il diritto di farne suoi i frutti coll'obbligo di imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (Art. 1891). Parrebbe che questa forma di garanzia, che fa ottenere al creditore la consegna del fondo, dovesse essere per lui più efficace e sicura. Non è così invece, perchè l'anticresi non produce a favore del creditore anticretico che un diritto personale, mentre l'ipoteca un diritto reale, donde il corollario (ed ecco che rientriamo nel nostro tema) che al creditore anticretico non competa (Art. 1897) quel diritto di seguito sulla cosa, che vedemmo competere invece (Art. 1964, 2° capoverso) al creditore ipotecario. Se dunque, dopo avermi dato il fondo in anticresi, il mio debitore Tizio lo vende a Caio, l'acquirente Caio ha diritto di pretendere che io glielo consegni.

Però ho detto che questa differenza fra diritto di credito e diritto reale è normalissima, ma non necessaria e costante. Così abbiamo la proprietà mobiliare con diritto di seguito imperfetto (v. s. n. 5, pag. 14) e viceversa ci siamo pure imbattuti in un diritto indubbiamente personale e non reale, quale si è quello del conduttore, che in date circostanze (Art. 1597) è munito del diritto di seguito.

2°) Il diritto reale, acquistato nei debiti modi necessarî perchè sia operativo di effetti verso i terzi (per esempio trattandosi di immobili avvenuta che sia la trascrizione del titolo d'acquisto *inter vivos* ovvero l'iscrizione dell'ipoteca nei pubblici registri), conferisce al titolare di esso un diritto di preferenza. Se si tratta del diritto di proprietà non limitato più o meno da *iura in re aliena*, questo diritto di preferenza si traduce addirittura in un'assoluta esclusione di ogni altro (1);

---

(1) Cfr. Acollas, *Manuel de Droit civil*, T. I, 2.e édit. (Paris, Germer Baillière 1874), pag. 20.

se si tratta di *iura in re aliena* la preferenza consiste in ciò, che ove più persone abbiano in epoche diverse acquistato sopra la cosa sia lo stesso diritto reale, sia dei diritti reali differenti che si trovano fra loro in collisione, il diritto anteriormente acquisito va innanzi al posteriore di data: « *qui prior tempore potior iure*. » Così nel caso di più ipoteche iscritte in diverse date sopra un unico fondo a garanzia di crediti varî, prima si pagherà col ricavato della vendita all'asta il primo iscritto, poi il secondo, poi, se danaro ancora civanza, il terzo e così via. Tutto l'opposto avviene dei diritti di credito in sè e per sè; salvo cioè che trattisi di quei crediti privilegiati che la legge indica tassativamente, i creditori (chirografarî) concorrono assieme senza distinzione e preferenze, qualunque sia la data del rispettivo loro titolo, e però, se il debitore sia insolvente, la perdita si ripartisce *pro rata* fra loro per applicazione degli Art. 1949, 1950. Ma questo principio, si dirà, non è ingiusto? L'equità almeno parrebbe richiedere che i creditori di più vecchia data dovessero andare innanzi ai più recenti: essi hanno fatto assegnamento sui beni che il debitore aveva quando sorse l'obbligazione e che sarebbero per avventura bastati a soddisfarli integralmente, mentre questo loro calcolo viene invece frustrato, e quei beni più non bastano all'uopo, quando sovr'essi debbano pagarsi pure creditori sorti posteriormente. Ma (1) si risponde, e la risposta è perentoria, che il debitore ha pur conservata la libera disposizione dei suoi beni; ora alienandoli egli viene pure a sottrarli a quell'assegnamento che i creditori vi aveano fatto sopra e, com'essi non possono lamentarsi in questo caso, così nemmeno lo possono ov'egli ne disponga indirettamente contraendo nuovi debiti, ch'è quanto dire aumentando la massa delle persone che avranno diritto a concorrere sui beni stessi per pagarsi (2). I diritti di garanzia reale sono stabiliti appo-

---

(1) LAURENT, *Principes de Droit civil*, T. XXIX (2e édit., Bruxelles, Bruylant-Christophe 1878), n. 279, pag. 314-315.

(2) Cfr. pure, fra tanti, E. BIANCHI, *Dei privilegi*, ecc. Parte VII del Commento del Codice civ. it. del FIORE (Napoli, Marghieri 1894), n. 27, pag. 43-44.

sitamente per premunirsi da questo pericolo di dover concorrere alla pari con altri creditori del comun debitore, e molte volte (1) si dovrà dire *imputet sibi* il creditore che non se ne è valso in tempo per assicurare con essi la prelazione al suo credito. Bene dunque lasciò scritto ULPIANO nella l. 1 § 2 D. de separationibus, 42, 6: « licet alicui, adiiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem ».

3°) Vi ha una notevole differenza fra le due categorie di diritti relativamente all' oggetto su cui si esplicano. Il diritto reale ha necessariamente per oggetto una cosa; certo è che non può avere per oggetto un fatto, dal momento che esclude nel suo esercizio l'intervento di terze persone, e solo le persone, non le cose, prestano fatti. Invece la prestazione che forma il contenuto del diritto di credito è, se la si riguarda genericamente in sè e per sè, un fatto incombente al debitore, se poi si discende all' oggetto della prestazione stessa si troverà ch'esso può riguardare una cosa od un' opera; per esempio nel contratto di locazione ch' io stipulo col domestico questi si obbliga a prestarmi non già delle cose materiali, ma dei servigi. Ed anche allorquando nell' obbligazione la prestazione dovuta si riferisce a cose materiali, è possibile una rilevante differenza in confronto ai diritti reali. Questi infatti suppongono la cosa che ne è oggetto determinata nell'individuo: non è concepibile un *ius in re* su cosa indeterminata, è ridicolo il pensare, ad esempio, che Tizio possa avere la proprietà di un cavallo in genere o la servitù di passaggio sopra un fondo non precisato; avrà naturalmente la proprietà di quel tal cavallo, il diritto di passare per quel dato fondo. La cosa invece cui si riferisce il diritto di obbligazione può essere indeterminata nell' individuo e determinata solo nel genere (esempio mi obbligo a darti cento botti di vino). E ciò perchè la cosa non è l'oggetto immediato dell'obbligazione,

(1) Non dico sempre, pensando ai casi nei quali, non provenendo l'obbligazione da atto di volontà a cui concorra il creditore, questi non ha modo di cautelarsi esigendo garanzie reali subito che l' obbligazione sorge (es. obblig. *ex delicto*).

ma il creditore, per dir così, vi giunge attraverso il vincolo di volontà del debitore, onde basta la determinatezza di questo vincolo, non occorre altresì l'assoluta individuale determinazione della cosa alla quale siffatto vincolo a sua volta si riferisce.

5°) Il diritto reale è *per regola* suscettibile di acquisto per usucapione (o prescrizione acquisitiva che dir si voglia). Così l'usurpatore di un fondo che ne tenga per trent'anni il possesso continuo, non interrotto, pubblico, pacifico, non equivoco e coll'animo di averlo come proprio, ne acquista effettivamente per usucapione la proprietà, diritto reale per eccellenza. (Ho detto essere questa la regola, perchè vi hanno pure dei diritti reali che tale modo di acquisto non comportano, quali le servitù discontinue e le continue non apparenti.) Invece non si possono mai acquistare per usucapione diritti di credito. Tizio, per esempio, si crede mio debitore di L. 40.000 da pagarsi in 40 uguali rate annuali: me ne ha pagate già trenta, poi al trentunesimo anno si accorge che il debito non sussiste, cessa il pagamento, nè io potrò pretendere lo continui accampando l'usucapione. Ecco perchè non troviamo nel già citato Art. 1097 indicata la prescrizione fra le possibili fonti delle obbligazioni, laddove per converso il Libro II, relativo a soli diritti reali, si apre con la dichiarazione che la proprietà e gli altri diritti sulle cose possono acquistarsi, fra altro, col mezzo della prescrizione (Art. 710, ult. capov.).

6°) Un'altra differenza che *normalmente* si incontra fra diritti di obbligazione e diritti reali è fornita dal criterio della loro durata. E certo che non possono darsi obbligazioni perpetue, anzi è fatale ed insito nel concetto stesso di obbligazione ch'essa nasca per morire, risiedendo nella *solutio eius quod debetur* il suo scopo: l'esercizio del diritto ne importa dunque l'estinzione. Il che in generale non è dei diritti reali, che hanno una durata stabile ed indefinita, e che, mediante il loro esercizio, lungi dall'esaurirsi ed estinguersi, si conservano e si perpetuano.

Ho detto in generale, perchè infatti vi ha una categoria di diritti reali in cui questa perpetuità di durata manca, e che, com'è delle obbligazioni, si estinguono proprio col loro

esercizio, intendo alludere ai diritti reali di garanzia (esempio ipoteche), il che si spiega col loro carattere di diritti accessorî ad un' obbligazione che servono a guarantire. Parimenti noi troviamo che certe servitù, se non si estinguono, ed anzi si mantengono attive con l'esercizio, mancano necessariamente dell'altra qualifica, consistente nell' avere una durata indefinita: tali le cosidette servitù personali, uso, usufrutto, abitazione, che hanno al massimo la durata della vita del titolare se questi è una persona fisica, di trent' anni se è un corpo morale (Art. 515, 518, 529), sicchè può incontrarsi benissimo un diritto di credito che abbia vita più lunga di uno di questi diritti reali. E però, per concludere, non diremo in via assoluta, come ha pur fatto taluno (1), che i diritti reali differiscano dalle obbligazioni perchè hanno il carattere di una durata stabile indefinita; diremo piuttosto che, mentre è carattere essenziale a tutte le obbligazioni la limitazione della loro durata e l'estinzione loro col fatto stesso del loro esercizio, ciò non solo non è essenziale nei diritti reali, ma anzi in essi, potenzialmente perpetui, si avvera normalmente l'opposto.

8. La distinzione fondamentale delle due categorie di diritti patrimoniali, che noi ora sappiamo da quali elementi risulti, ha importanza non soltanto riguardo al Diritto materiale, ma anche riguardo al formale, cioè alla Procedura, e più precisamente per ciò che concerne la competenza, il fôro a cui citare l' avversario. Valgono a questo proposito norme diverse circa la competenza per territorio secondochè trattasi di azioni personali o reali su beni mobili, per cui è regola il *forum rei*, ovvero di azioni reali immobiliari, per cui è regola il *forum rei sitae*. Veggansi su ciò gli Art. 90 e segg. del Codice di procedura civile (2).

A questo proposito non possiamo far a meno di toccare una questione solita a trattarsi dai proceduristi, ma che è in realtà

---

(1) Es. il De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 5, pag. 2.

(2) C' è chi riprova che siasi conservata la distinzione delle azioni in reali e personali, fonte in pratica di molti litigi per determinare volta per volta la competenza. Così il Ratto in nota a sent. 23 Luglio 1897

o presuppone almeno una questione di Diritto civile, cioè se, accanto alle personali ed alle reali, sia da ammettere una terza categoria di azioni *miste*. Dissi che la questione in fondo è di Diritto civile, perchè, non essendo l'azione che il mezzo di far valere giudizialmente il diritto, l' intima natura delle azioni, per dirla col Savigny (1), è data dalla loro relazione coi diritti che devono con esse tutelarsi. Dunque gli è come chiedere se, accanto ai diritti reali ed ai personali o di credito, esistano diritti misti. Hanno data origine a questa terza categoria, da taluni ammessa (2), tre azioni di un carattere speciale, le quali, sebbene nascano da un obbligo ed abbiano quindi la natura delle azioni personali, da queste tuttavia si allontanano perchè attinenti a regolamento di proprietà fra più interessati, sicchè da questo lato sembra partecipino delle azioni reali (3). Sono queste le note azioni divisorie, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*. I sostenitori di questa teorica invocano un passo delle Istituzioni di Giustiniano e precisamente il § 20 de actionibus 4, 6, che suona: « Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate, item communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua inter eos agitur qui confines agros habent ». E di azioni miste, o più precisamente di una competenza in

della Cassazione di Torino, inserita nel periodico *La legge* del 1897, II, pag. 655-656. Si vorrebbe conservata la sola distinzione delle azioni in mobiliari ed immobiliari. Non è mio compito di entrare nella questione: solo osservo che il Ratto va distinto dal citato Granata, perchè se *agli effetti della competenza* fa il voto che sia tolta questa che ai Romani parve la *summa divisio omnium actionum* (§ 1 Inst. de act. 4, 6), non si spinge fino a contestare la bipartizione dei diritti in diritti reali e di obbligazione.

(1) Savigny, *Sistema del Dir. romano attuale*, traduz. Scialoia, Vol. V (Torino, Unione 1893), § 206, pag. 12.

(2) Cfr. in proposito Mattirolo, *Trattato di Dir. giudiz. civile*. Vol. I 4ª ediz., (Torino, Bocca 1892) n. 27, 28, pag. 35-38 e gli autori ivi citati.

(3) De Crescenzio, *Sistema del Dir. civ. romano*, Vol. I, (Napoli, Jovene 1869), nota 2 al § 80, pag. 209.

materia mista, accanto a quella in materia reale e in materia personale, parla anche il Codice di procedura civile francese del 1806: nell'indagare pertanto quali azioni abbiano tale qualità, la dottrina francese altre ne aggiunse a quelle tre divisorie, per esempio l'azione che l'acquirente d'un immobile esperisca in confronto all'alienante per la consegna dell'immobile stesso. Si dice: giusta il Diritto attuale (e il nostro concorda in ciò col francese) fra le parti la proprietà si intende trasmessa col solo consenso; orbene, quando l'acquirente viene in giudizio contro l'alienante per la consegna della cosa acquistata, ci viene con una duplice veste, con la veste di proprietario, che esercita contro l'alienante la *rei vindicatio* come la eserciterebbe contro qualunque terzo, e con la veste di creditore che domanda al debitore l'adempimento dell'obbligazione.

Il nostro Codice di procedura civile non parla di competenza in materia mista, e ciò è già molto significante a favore dell'opinione, ch'io pure accolgo, non essere da noi ammissibile questa terza categoria. In massima (cioè salvi forse taluni istituti anomali di origine non romana ma germanica e di natura non ancora bene definita) non può ammettersi questo ibridismo di azioni che siano ad un tempo reali e personali. Può darsi che in un diritto reale si infiltri alcunchè di personale, o come accessorio vi si unisca, e viceversa, ma sempre il carattere del diritto, e conseguentemente dell'azione si desumerà dall'elemento preponderante, nè può invece *per sè stesso* un diritto presentare quella duplice natura, per la contraddizione che nol consente, troppo è diversa l'essenza delle due specie di diritti patrimoniali. Così i citati giudizî divisorî, a ben guardare, hanno carattere di azioni personali: si fondano sopra un'obbligazione risultante da una comunione, e sono diretti contro un avversario determinato, che, entrato in società o in comunione per contratto o per accidentalità, è obbligato a concorrere alla divisione o alla liquidazione o almeno a subirla (1). E lasciando ai romanisti il decidere

(1) ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, Vol. I, Parte I (4ª ediz. Bologna, Fava e Garagnani 1882), nota 12 al § 97, pag. 372-373.

come debbano interpretarsi quelle parole di Giustiniano, che simili azioni *mixtam causam habere videntur*, a me basta rilevare come il carattere di azione personale sia esplicitamente riconosciuto altrove dallo stesso *Corpus iuris* ad una di quelle tre azioni divisorie, precisamente dal giureconsulto Paolo nella l. 1 D. fin. regund. 10, 1: « Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est ». Un errore su cui in moltissimi casi si fonda la dottrina che ammette diritti ed azioni miste, consiste nel riguardare come esempi di azione unica rivestita di quel duplice carattere taluni casi nei quali si ha *un cumulo di azioni*, del resto separate e distinte, l'una reale e l'altra personale. Fermiamoci, per esempio, al regolamento di confini fra immobili. Bisogna intanto bene distinguere l'azione di puro stabilimento di termini da quella di vero e proprio regolamento di confini. Alla prima si riferisce l'Art. 441 ed è indubbiamente azione personale: « Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue ». Qui non vi è punto in questione un *ius in re*: si suppongono fissate, non controverse le rispettive proprietà dei confinanti, e non vi ha che un' obbligazione derivante dalla *legge*, la quale è pure altra delle possibili fonti di obbligazioni (Art. 1097), l'obbligazione, dico, incombente al proprietario di sottostare a questa apposizione di termini per prevenire futuri litigi. Suppongasi ora invece che l' uno dei proprietarî confinanti sostenga che l'altro invade parte della sua proprietà, e chieda, ciò posto, il regolamento e lo stabilimento dei confini. Diremo forse allora che siamo in presenza di un' azione mista, perchè in parte diretta a rivendicare cosa che l'attore pretende usurpata dal convenuto? No, diremo invece che si ha un cumulo di due azioni, di regolamento di confine l'una, di apposizione di termini l' altra: quella, pregiudiziale, si risolve in una rivendicazione del terreno che si pretende usurpato dal vicino ed è pertanto di natura reale, questa invece meramente personale e da decidersi dopo risoluta la prima. Un ultimo caso a proposito di confini è possibile, che cioè vi sia una lingua di terra posseduta in comune tra i fondi vicini, ed allora la azione per regolamento di confini è puramente personale,

risolvendosi in un' *actio communi dividundo*, diretta a conseguire l'adempimento di una delle obbligazioni incombenti per legge ai comunisti, quella cioè (Art. 681) di addivenire alla divisione (1). Così pure nel caso dell'acquirente dell'immobile che agisce per ottenere la consegna dall' alienante, si ha un *concorso elettivo di azioni*, quella derivante dal contratto quale fonte dell' obbligazione di dare (e quindi personale) e la *rei vindicatio*, derivante dalla proprietà oramai acquisita in confronto all' alienante per virtù del solo scambio dei consensi, ma non per questo, che entrambe siffatte azioni vertono fra le stesse persone, pel medesimo fine e relativamente all' identico oggetto, sarà permesso di fonderle assieme nel concetto d' un' unica azione, reale e personale ad un tempo. Non si può negare tuttavia che questa confusione è agevolata ancor più in oggi dal fatto che il Diritto moderno non possiede una classazione e, per dir così, un casellario di azioni quale si incontrava nel Diritto romano (2).

In un senso ben diverso, e che può accogliersi, troviamo in Diritto romano applicata alle predette azioni divisorie e ad altre la qualifica di miste, cioè per indicare che in esse ambe le parti hanno ad un tempo la veste di attore e di convenuto. Cfr. l. 37 § 1 D de oblig. et act. 44, 7, l. 10 D. fin. regund. 10, 1, l. 44 § 4 D. fam. ercisc. 10, 2. E finalmente un altro significato, che nulla ha a che fare con la presente nostra trattazione assume l' espressione *actiones mixtae* in Diritto romano, cioè in relazione alle azioni derivanti dai delitti privati: precisamente, in contrapposto alle penali, che mirano alla pena, alle *rei persecutoriae* che mirano a ricuperare la cosa (p. es. la cosa rubata) o al risarcimento dei danni, *mixtae* dicevansi quelle con le quali si chiedeva ad un tempo e la applicazione della pena e la riparazione del danno, es. l'*actio vi bonorum raptorum*.

---

(1) Cfr. su tutto ciò Chironi, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Vol. I (Torino, Bocca 1888), § § 145-146, pag. 225-226.

(2) Contro le azioni miste, nel senso di azioni reali e personali ad un tempo, cfr., fra tanti, Laurent, *Principes*, Vol. VI (Bruxelles, Bruylant-Chistophe 1871), n. 77 e segg., pag. 98 e segg., Viti, *Comm. sistem. del Cod. di proc. civ.*, Vol. I, (Napoli, Morano 1876), n. 51, pag. 51-56 e n. 64, pag. 70-73, V. Scialoia, *Proced. civile romana, Lezioni* (Roma, Pallotta 1894), pag. 487 e segg.

Capitolo II.

RAPPORTI DI CONNESSIONE FRA OBBLIGAZIONI E DIRITTI REALI

SOMMARIO

9. Transizione all'argomento del presente Capitolo. — **10.** Si enunciano i casi di possibile connessione ed intreccio delle due specie di diritti. — **11.** Continua: in particolare delle cosidette obbligazioni reali e degli oneri reali. — **12.** Continua: azioni personali pregiudiziali all'esercizio di un'azione reale. — Titoli al portatore.

9. La teoria delle azioni miste, che abbiamo testè combattuta, è certamente per noi istruttiva, inquanto cioè ha un valore sintomatico. Essa ci fa comprendere la possibilità che ci siano dei rapporti, e rapporti in taluni casi molto intimi, fra le due categorie di diritti patrimoniali, senza di che non si spiegherebbe come nella dottrina ed oggi ancora in talune legislazioni abbia potuto farsi strada quella teoria (sia pure da noi ripudiata), che ammette in talune ipotesi dei diritti sulle cose, nei quali addirittura i due elementi si fondono sino a far sorgere una terza specie autonoma di diritti ed azioni. Ciò che vi ha dunque di vero ed interessa rilevare si è che, segnata pure la profonda differenza fra diritti di credito e diritti reali, bisogna guardarsi bene dal ritenerli come due mondi a parte, due campi chiusi, fra i quali nessun rapporto interceda. Che anzi si incontrano e si intrecciano sotto molteplici punti di vista, dei quali alcuni almeno vogliono essere qui ricordati.

10. — 1°) Diritti reali e diritti di obbligazione possono emanare ad un tempo da un'unica fonte: così vedemmo avvenire nei contratti traslativi di proprietà o di altri diritti reali. Così dalla vendita derivano fra le parti ragioni di credito, cioè obbligazioni reciproche, e al tempo stesso passaggio di proprietà per effetto del solo consenso (Art. 1125, 1447, 1448).

2°) Pur trattandosi di diritto reale, l'elemento obbligatorio si presenta subito ch' esso venga turbato ed il titolare del diritto stesso agisca per farlo valere: sarà l'obbligazione incombente al turbatore di riconoscere il diritto del titolare, di uniformarvisi, di rimettere le cose in pristino, di risarcire il danno. A questo elemento obbligatorio connesso con l'esperimento dell' azione in giudizio, sia dessa poi per se medesima personale o reale, allude nel modo più esplicito il § 5 Inst. de except. 4, 13, a proposito della eccezione della cosa giudicata: « Item si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus *obligatio* durat, et ideo ipso iure de eadem re tecum agi potest, sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvari ».

3°) Vi ha un' intera categoria di diritti reali che hanno carattere accessorio a diritti di obbligazione. Tali sono i diritti reali di garanzia, come l' ipoteca e il pegno. Ed è notevole come dal riconoscimento giudiziale di certi diritti di obbligazione sorga immediato il diritto ad una di queste garanzie reali. Alludo all'ipoteca giudiziale, cioè all'Art. 1970, così formulato: « Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all' adempimento di un' altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l' ha ottenuta ».

11. — 4°) D'altra parte si hanno esempi di obbligazioni, sulle quali l' elemento reale direttamente influisce per ciò che riguarda la determinazione della persona dell' obbligato. Sono queste le cosidette obbligazioni *ob rem* o *propter rem*, chiamate pure *obbligazioni reali* (1). Con tali espressioni si allude a quei casi nei quali un individuo intanto è tenuto ad adempiere un' obbligazione, inquanto si trova in un determinato rapporto, ordinariamente di proprietà o di possesso, con una data cosa, sicchè per regola generale basta che quell' individuo

---

(1) Questa figura giuridica delle *obbligazioni reali* ha però i suoi avversarî. Così per esempio, fra noi, il Cogliolo, *Filosofia del Diritto privato* (Firenze, Barbera 1888), § 24, pag. 220-221.

si prosciolga da un tale rapporto con la cosa perchè cessi altresì la sua obbligazione (1). Ne abbiamo già incontrato un esempio a proposito delle spese necessarie per l'uso o conservazione di una servitù prediale, spese a cui si trovi sottoposto, in virtù del titolo costitutivo, il proprietario del fondo serviente (Art. 643). Del pari a proposito delle spese di riparazione di un muro comune, le quali stanno a carico di tutti i comunisti, l'Art. 549 dà facoltà a qualunque proprietario di esimersene rinunziando al diritto di comunione, purchè il muro non sostenga un edifizio di sua spettanza nè trattisi di riparazioni e ricostruzioni cui abbia data causa col fatto proprio. Analogamente l'Art. 676 per le spese incombenti ai comunisti relativamente alla cosa comune. Avrebbe finalmente, secondo un'opinione molto diffusa, questo carattere di *obligatio ob rem* l'obbligo del pagamento del canone incombente all'enfiteuta, su di che si fa poggiare la massima, di gran lunga ormai prevalente nella dottrina e cresimata dai responsi di varie Corti regolatrici (2), che, alienando il fondo, sia pure *irrequisito domino* (Art. 1562), l'enfiteuta cessi di dovere il canone. Devesi però riconoscere che per lo meno questo carattere di *obligatio ob rem* non è a proposito del canone enfiteutico riconosciuto in tutta la sua estensione (lasciamo ora d'indagarne il perchè): l'abbandono infatti non è qui ammesso incondizionatamente quale mezzo liberatorio dell'obbligo, disponendo l'Art. 1560 che « Se il fondo enfiteutico perisce interamente l'enfiteuta è liberato dal peso dell'annua prestazione. Se il fondo non è distrutto che in parte, non può l'enfiteuta pretendere alcuna diminuzione di canone ove la rendita della parte che resta sia sufficiente per pagarlo interamente. In questo caso però,

---

(1) Cf. sull'argomento il recentissimo lavoro di G. Claps, *Delle cosiddette obbligazioni reali e dell'abbandono liberatorio nel Dritto civile italiano*, estr. dalla *Rivista it. per le scienze giuridiche* (Torino, Bocca 1897) e sovr'esso la critica di L. Coviello nel periodico *Il Filangieri*, XXII, pag. 428-434.

(2) Notevole fra tutte la sentenza pronunciata il 24 Febbraio 1888 dalla Cassazione torinese a sezioni unite in causa Banca di Torino c. Cingia (*Foro it.*, 1888, I, 345, con note dei Prof. Gabba e Semeraro).

e semprechè ne sia perita una parte notabile, l'enfiteuta può rinunciare al suo diritto retrocedendo il fondo al concedente » (1).

Rispetto a queste *obligationes ob rem* vi ha un' importante osservazione da fare, ed è che l' obbligazione qui segue bensì il possesso della cosa e cessa con l' abbandono di essa, ma, finchè il rapporto reale dura e per le obbligazioni quindi a cagion d'esso contratte, non risponde soltanto quella data cosa, ma rispondono anche gli altri beni propri dell'obbligato, mentre invece il proprietario di una cosa colpita da un vero e proprio diritto reale è tenuto soltanto a sopportare passivamente l'esercizio di quel diritto, senza che per la realizzazione di questo diritto possano mai essere colpiti gli altri beni componenti il suo patrimonio. Esempio di ciò il vincolo ipotecario riguardo a chi ha data la cosa propria in ipoteca per garantire un debito altrui, oppure rispetto al terzo acquirente dell' immobile ipotecato. Ho conceduto a Caio, creditore di una certa somma verso il mio amico Tizio, ch' egli assicuri il credito con ipoteca sopra la casa mia. Oppure ho acquistata la casa da Tizio, dopo ch' egli già la aveva debitamente ipotecata a favore del suo creditore Caio. Ebbene in questi casi, essendo io proprietario di una cosa colpita da un diritto reale e non un obbligato *ob rem*, non sono già tenuto pel fatto che la casa è mia a pagare il debito iscrittovi sopra, sono tenuto solo ad una condotta negativa, a tollerare cioè che Caio creditore, se non viene soddisfatto, agisca coll' azione ipotecaria sulla casa: con la mia rimanente sostanza non rispondo, il peggio che potrà capitarmi è di perdere *in executionis* la casa. Riprendiamo invece uno dei casi di vera *obligatio ob rem*, quello p. es. delle riparazioni incombenti in virtù del titolo costitutivo al proprietario del fondo serviente. Sta bene ch'egli può liberarsene con l'abbandono del fondo, ma se nol

---

(1) E però c' è chi nega addirittura ricorrere nel caso dell' enfiteusi l' *obligatio ob rem* in senso proprio, e, pur ammettendo che l' enfiteuta alienando il fondo si esoneri dal pagamento del canone, fonda tale massima sopra una costruzione giuridica diversa. Così, per esempio, il Chironi, cit. *Trattato dei privilegi*, Vol. 1, n. 63, pag. 125-126.

faccia, col perseverare nel possesso della cosa si pone nella condizione di un obbligato personalmente, e però gli va senza scrupoli applicata la massima dell'Art. 1948, per cui « chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni *con tutti i suoi beni*, mobili ed immobili, presenti e futuri » (1).

Si collega con queste *obligationes ob rem*, pur distinguendosene per talune ragioni (2), un istituto di origine germanica, sorto nell' età di mezzo, quello cioè degli *oneri reali* o *reallasten*, che sono obblighi inerenti ad un fondo, in forza dei quali il possessore del medesimo è tenuto verso altri a certe determinate prestazioni (3), d' ordinario periodiche. Sulla natura loro molto si è disputato e si disputa, presentando essi ad un tempo un elemento reale, consistente nell' inerenza ad un fondo, ed uno personale, cioè l' obbligo delle prestazioni periodiche, per cui si distinguono dalle servitù di tipo romano le quali non possono consistere *in faciendo*. Tanto che alcuni scrittori, avendo riguardo più all'elemento personale, le chiamano *obligationes iuris germanici*, e viceversa altri, in vista sovrattutto dell' elemento reale, *servitutes iuris germanici*. Se ne occupano in generale le legislazioni tedesche (es. *Cod. Sassone* §§ 505 e segg., *Cod. civ. germanico* del 1896 §§ 1105 e segg.). L' onere è inerente al fondo e grava il possessore di esso, ma non è invece inerente ad un fondo il diritto di esigere dette prestazioni. Appartengono a questa categoria le decime dominicali, se non come sostiene o dimostra il PERTILE (4), le sacramentali (dovute sui frutti in corresponsione della prestazione dei sacramenti) e sono quelle dipendenti da

---

(1) In senso conforme alle idee esposte nel testo veggasi particolarmente F. BIANCHI, *Ancora un dubbio sulla massima che l'enfiteuta alienando il fondo resti liberato dal canone* (Siena, Torrini 1889), pag. 7-8. **Contra** E. BIANCHI, cit. trattato *Dei privilegi*, n. 8, pag. 10.

(2) Sulle affinità e sulle differenze fra oneri reali ed *obligationes ob rem* veggasi CHIRONI, cit. *Trattato dei privilegi*, Vol. I, n.i 65, 66, pag. 127-30.

(3) PERTILE, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, 2a ediz., (Torino, Unione 1893), § 148, pag. 431.

(4) ib., pag. 440 e segg.

concessioni di beni fatte appunto con l'onere di simili prestazioni periodiche, e che pure possono trovarsi, e sono in gran numero, in mani ecclesiastiche. A differenza delle sacramentali, oggidì queste decime non sono soppresse, sibbene dichiarate commutabili ed affrancabili (Legge 14 Luglio 1887, n. 4727, serie 3ª). Ma, ripeto, è tale l'incertezza sulla vera natura giuridica di questi oneri reali, che la troviamo rispecchiarsi nelle conseguenze più importanti: così, p. es., mentre taluno sostiene che il successore nel possesso del fondo non è tenuto alle prestazioni insolute maturatesi a debito del suo autore, se non inquanto siano assicurate con ipoteca o inquanto egli sia succeduto nel fondo a titolo universale (1), altri difende la tesi diametralmente opposta (2). Comunque, a me basta l'aver rilevato come s'incontri qui un istituto nel quale i due elementi, il reale e il personale, intimamente si associano.

Il che si spiega con la sua origine germanica, perchè, se pur si giunga ad ammettere col HEUSLER, contrariamente ad altri germanisti (3), che il Diritto germanico abbia conosciuta la distinzione fra diritti reali e personali, certo è però che non la ha osservata così rigidamente come il Diritto romano, e ch'esso anche qui (lo confessa pure il HEUSLER) concepì le cose materialmente, fermandosi alle esterne parvenze. Del che è riprova anche il cosidetto *ius ad rem*: trattandosi cioè di obbligazioni in cui la prestazione concerne una cosa determinata, il creditore ha diritto di perseguitare la cosa in confronto ad altri che la cosa medesima od un diritto sovr'essa abbia acquistato in mala fede, conscio cioè del precedente rapporto obbligatorio che legava il suo autore relativamente ad essa. Accolto questo *ius ad rem* dal Diritto prussiano, ma non più dal nuovo Codice germanico, è qualificato da taluno (ZIEBARTH (4)) come un diritto reale relativo. Ho voluto citare quest'altro esempio per mostrare come siano meno rigorosamente distinte nello spirito del Diritto germanico le due

---

(1) UNGER, cit. *System*. I, § 63, pag. 563 e con lui LAMPERTICO, *La legge 14 Luglio 1887 n. 4727, serie III sulle decime* (2ª ediz., Padova Drucker e Senigaglia 1888), pag. 101.

(2) PERTILE, *Op. e Vol. cit.*, pag. 452-453, che segue il DUNCKER, *Die Lehre von den Reallasten* (Marburg, 1838).

(3) Cit. *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Vol. I, § 76, pag. 377 e segg.

(4) *Op. cit.*, § 17, specialmente a pag. 197 e segg. **Contra** FUCHS, *Op. cit.*, § 8, pag. 70 e segg.

categorie di diritti patrimoniali ed è naturale che qualche traccia, per effetto di contatti e dominazioni germaniche, questo miscuglio di idee la abbia lasciata qua e là anche presso di noi.

12. — 5°) Vi hanno casi in cui l'esercizio di un diritto reale in confronto a qualsiasi terzo consegue al vittorioso esercizio di un'azione personale in confronto ad una determinata persona; in altre parole, intanto si ha diritto di far valere un proprio diritto reale sulla cosa *erga omnes* inquanto si riesca a far previamente annullare un vincolo obbligatorio concernente la cosa stessa. Esempio: io vendo a Tizio un fondo ch'egli poi rivende a Caio. Ma il mio consenso essendo stato viziato da violenza, io posso esperire contro Tizio l'azione di nullità del contratto, azione certo personale, dalla cui riuscita dipende ch'io possa far valere il mio ripristinato diritto di proprietà in confronto a qualunque persona, e quindi anche in confronto a Caio avente causa da Tizio. Abbiamo in ciò una ipotesi inversa a quella riscontrata toccando del regolamento di confini ed apposizione di termini dato che l'uno dei vicini pretenda usurpare l'altro una parte della sua proprietà: allora cioè vedemmo la risoluzione di una questione di proprietà (diritto reale) essere pregiudiziale all'azione personale di apposizione di termini: qui invece la risoluzione di una questione riflettente una ragion personale fra le parti contraenti è pregiudiziale all'esercizio di un diritto reale in confronto di altre persone, le quali ne risentono il contraccolpo per effetto della nota massima *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis.*

6°) Finalmente a dimostrare questo legame, questo intreccio possibile fra diritti reali e diritti di obbligazione, nulla serve meglio dei titoli al portatore. Essi sono in sostanza titoli di credito, documenti comprovanti un'obbligazione (il biglietto di banca per esempio è il documento del debito che ha la Banca verso il portatore per la somma che vi si trova enunciata). E tuttavia per loro natura si considerano come cose mobili oggetti di proprietà, facendo un tutt'uno del credito e del documento che lo attesta, perchè il possessore del documento è reputato altresì il titolare legittimo del credito. Quivi l'elemento reale acquista un tal sopravvento sul

personale, che trovasi in uno stato vorrei dire latente, da agguagliarsi i titoli al portatore alle cose mobili per natura nella massima che il possesso di buona fede vale titolo (Art. 707). E, pur uscendo da questa categoria *sui generis* di crediti, costituita dai titoli circolanti al portatore, l'affinità dei rapporti è tale, che anche in relazione ad altre obbligazioni, cioè ai crediti in genere, troviamo nel comune linguaggio usate le espressioni di proprietà e di possesso. Linguaggio comune che si fa strada negli stessi testi di legge: basti citare gli Art. 1242, 1538; se poi questa terminologia sia pure giuridicamente esatta (1), non è questo il momento di indagare (2).

---

(1) La difende, e con essa il concetto di proprietà e possesso di diritti d'ogni genere, il Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione* in Fiore, *Il Dir. civ. it.*, Parte V, Vol. I, n. 8 e 9, pag. 15-19.

(2) Sugli argomenti svolti in questo primo Titolo del presente lavoro consiglio ai giovani (quelli specialmente che, non avendo troppa familiarità colla lingua tedesca, potrebbero difficilmente ricorrere a molte opere dottrinali di capitale importanza) di consultare la traduzione delle *Pandette* del Windscheid (in corso di pubblicazione presso l'Unione tipografica torinese) dovuta ai Professori Fadda e Bensa e da essi corredata di preziose note. Così interessanti al massimo grado sono le loro annotazioni ai §§ 37 e segg. inserite a pag. 538 e segg. del Volume I (1890-97). In moltissimi punti i due chiar. traduttori dissentono dalle idee, che io ho esposte con la brevità propria dell'indole e dello scopo di questo lavoro scolastico. Ragione di più perchè debbano consultarsi da chi ami approfondire i punti stessi. Veggansi in particolare: sul tema se la coazione appartenga al concetto del diritto pag. 540 e segg. — sui criterî differenziali fra obbligazioni e diritti reali la nota *c* pag. 545 e segg. — sui *Reallasten* pag. 563 e segg. — sulle *obligationes propter rem* pag. 591 e segg. — sull'essere o no un diritto reale quello del conduttore di cose pag. 594 e segg. — sulle modalità di una valida rinuncia in genere e quindi anche dell'*abbandono* nelle *obligationes ob rem*, pag. 857 e segg.

TITOLO II

ANALISI DELL' OBBLIGAZIONE NEI SUOI ELEMENTI COSTITUTIVI

SOMMARIO

13. Ora che abbiamo contrapposta l'una all' altra categoria di diritti patrimoniali, segnando il punto in cui diversificano, ed abbiamo fatta parola altresì dei possibili loro contatti, possiamo dire spianata la via all'esame degli elementi essenziali dei diritti di obbligazione, esame che consisterà in una analisi dettagliata della definizione posta sin dal principio (v. s. n. 1, pag. 1). Dalla quale evidentemente risulta che noi dovremo discorrere di questo rapporto sotto un triplice punto di vista, cioè: 1°) inquanto importa un *vincolo giuridico patrimoniale;* 2°) in relazione alle *persone* che vi figurano, e finalmente 3°) riguardo alla prestazione che ne forma l' *oggetto.*

Ciò formerà materia dei tre primi Capitoli in cui questo Titolo va ripartito. Ultimato che sia lo studio degli elementi essenziali, passeremo a dire in un quarto Capitolo dei precipui elementi accidentali che possono accompagnarsi al vincolo obbligatorio.

Capitolo I

IL VINCOLO

SEZIONE I

L'entità e gli attributi del vincolo obbligatorio

SOMMARIO

14. Il concetto della Glossa e sua critica. — **15.** Che cosa s'intende vincolata nell'obbligazione: compatibilità col concetto di libertà individuale. — **16.** Il vincolo dev'essere patrimoniale e giuridico: si passa alla distinzione delle obbligazioni in civili e naturali.

14. Già nella parola obbligazione etimologicamente considerata (da *ob-ligare*) è inclusa l'idea di un vincolo. Ma è in un senso esclusivamente figurato e troppo angusto che, appoggiandosi appunto a quest'origine etimologica, la Glossa concepisce il vincolo. Ecco com'essa si esprime nell'illustrare la definizione del pr. Inst. 3, 14 e precisamente sulle parole *iuris vinculum:* « idest ius vinciens..... ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter... iuxta illud «Verba ligant homines, taurorum cornua funes, cornu bos capitur, voce ligatur homo ». La critica di questo concetto, inquanto fonda l'obbligazione sul diritto considerato soggettivamente anzichè obbiettivamente, può vedersi nell'opera già ricordata del Puntschart (1). A me basta porre in rilievo che, coll'accennare alle *parole* che vincolano l'uomo, la Glossa ha di mira soltanto l'obbligazione contrattuale. Invece è il Diritto obbiettivamente considerato quello

(1) Puntschart, *Die moderne Theorie des Privatrechts* u. s. w. (Leipzig, von Veit 1893) pag. 126 e segg.

che, data una qualunque delle possibili fonti delle obbligazioni e fra queste il contratto, tiene vincolata l' una parte all'altra. Sicchè, a ben guardare, è al Diritto obbiettivamente considerato, ch'è quanto dire alla legge, che possono ricondursi come alla prima remota lor causa tutte le obbligazioni. Ma di ciò più a lungo altrove.

15. Ora invece quello che importa è di vedere a chi o a che cosa si riferisce il vincolo nel rapporto obbligatorio. Ci fu un tempo in cui per obbligato si intese il corpo stesso del debitore: sovr' esso, e non altro che sovr' esso, quale unico oggetto del vincolo, il creditore poteva agire; è questo, si può dire, lo stadio arcaico, che pel Diritto romano, ad esempio, dura sino alla *Lex Poetelia* del 428 a. u. c. (326 a C.) (1). Il creditore insoddisfatto non si concepiva potesse colpire i beni del debitore, nemmeno utilizzarne il lavoro finchè con le opere sue scontasse il debito, avea solo un diritto di potestà sulla persona di lui che si esercitava con la *manus iniectio*, sì da farne uno schiavo. In seguito alla *Lex Poetelia* cessa di essere, per usare le parole di Livio (VII, 28) *pecuniae creditae corpus obnoxium*. Continuò bensì dopo di essa l'esecuzione personale, veniva bensì *addictus* il debitore insolvente al suo creditore, ma unicamente quale prigioniero sinchè il debito fosse da lui o da altri per lui soddisfatto (ad avviso di alcuni sintantochè egli lo avesse riscattato col proprio lavoro (2)). È già una grande rivoluzione che si compie così nel concetto giuridico dell'*obligatio*. Concepita prima come una *potestas* diretta sulla persona del debitore, così come il diritto reale direttamente si esercita sopra il suo obbietto, ora veramente si disegna nel mondo dei diritti patrimoniali come figura a sè, distinta dai diritti reali. Il debitore è semplicemente la persona, attraverso la cui prestazione il creditore

---

(1) È la data che comunemente le si assegna. Lo Scialoia invece nelle cit. *Lezioni di Procedura civile romana* dice che essa è *probabilmente* del 441 a. u. c. (pag. 302), e la data del 441 senz' altro trovasi assegnata nell'Arndts-Serafini, *Pand.*, Vol. I, Parte I, § 100, pag. 416.

(2) V. su di ciò il testè citato Scialoia, pag. 303-304.

vuol giungere all'utilità ch'è la mira della sua ragione di credito o ad un equivalente, sicchè ora veramente si comincia ad avere quell'elemento in più per cui l' obbligazione si distingue dal diritto reale.

Ma in processo di tempo un ulteriore progresso si avvera quanto ai modi di esecuzione forzata, e di riflesso ulteriormente si perfeziona il concetto del vincolo obbligatorio. Accanto alla personale s' introduce (1) a merito del pretore (a quanto pare P. Rutilio Rufo) la esecuzione reale, sui beni del debitore, la quale finisce coll' acquistare il sopravvento, pur rimanendo l'esecuzione personale come mezzo di coercizione al pagamento. In molti paesi durano ancor oggi entrambe le forme di esecuzione. L' Italia invece ha fortunatamente cancellato quella personale, modificando in questa parte il Codice civile con la Legge 6 Dicembre 1877, per la quale, abolito in massima l' arresto per debiti in materia civile o commerciale, resta che il creditore insoddisfatto non potrà agire che sui beni del debitore, dato che ne abbia. Ecco dunque l' elemento patrimoniale, in origine affatto negletto, diventare decisivo: il solo, il vero ente vincolato oggimai nello stadio esecutivo è il patrimonio, dichiarato dall' Art. 1949 la garantìa comune di tutti i creditori (2).

Questo principio che in fondo nello stadio esecutivo è il patrimonio e non la persona che risponde, principio di cui si vedrà la grande importanza pratica nel discorrere degli effetti dell' obbligazione, è già bastante a dimostrare come

---

(1) O meglio può dirsi si generalizza, sia che si pensi a ciò che avveniva già prima pei crediti dello Stato (immissione del questore nei beni del debitore e successiva *sectio bonorum*), sia che si accolga l'opinione che anche prima la *missio in bona* fosse data contro il debitore latitante, cfr. Scialoia, *Op. cit.*, pag. 305-306.

(2) Cfr. Manfredini, *Dell'esecuzione forzata* (Bologna, Zanichelli 1892), pag. 12, il quale accoglie idee da me esposte nel Vol. I. del mio studio sulla *Dazione in pagamento* (Padova, Drucker e Senigaglia 1888), pag. 148. Veggasi pure Bekker, *System des heut. Pandektenrechts*, I (Weimar, Böhlau 1886), §§ 40 e 41, pag. 132 e segg., ma contro il suo concetto di patrimonio Bensa e Fadda, cit. trad. del *Windscheid*, Vol. I, nota *k*, pag. 666 e segg.

torni pressochè inutile il gran discutere che si fa da filosofi del Diritto e da giuristi in generale sulla possibilità di conciliare il concetto di libertà personale col concetto di obbligazione. Non è tuttavia da trascurarsi un altro argomento che suolsi addurre per difendere questa conciliabilità. Si prescinda pure dallo stadio esecutivo in cui il vincolo si trasporta sul patrimonio (o si consideri questo come ente per sè stante o come emanazione della persona), si raffiguri pure l'obbligazione come vincolo della volontà del debitore; questo vincolo tuttavia non esclude la sua autonomia individuale, inquantochè non assorbe la sua personalità, ma riflette solo atti isolati (1). È questo un criterio che ha la sua importanza, perchè circoscrive i *limiti del vincolo obbligatorio*, il quale dunque non può avere un contenuto tale, che ne resti ferita l'autonomia dell' individuo, assorbita la personalità. Così, per esempio, si spiega l' Art. 1628: « Nessuno può obbligare la propria opera all' altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa » (2). Qualche cosa di analogo si ha pure nel contratto di società. Infatti, è bensì vero che la si presume stipulata per tutta la vita dei soci, in difetto di un patto sulla durata sua (Art. 1708), ma poi la legge stessa che, come dice bene il BORSARI (3), ci garantisce contro le improvvide alienazioni delle nostre libertà fisiche o morali, dichiara (Art. 1733) avere in tali casi diritto ogni socio di provocare lo scioglimento della società mediante rinunzia, purchè fatta in buona fede e non fuori di tempo. Così se trattisi dell' obbligo assuntosi di certe astensioni. Dice, per esempio, il KUNTZE (4): Tiene l' obbligo ch' io assumo verso

---

(1) Veggasi fra altri HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (herausg. von GANS, Berlin, Duncker. u. Humblot 1833), specialmente al § 67, pag. 107 e segg. — Ma non vanno trascurate le osservazioni in contrario senso dell' ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, T. II (2° edit. Paris, Germer-Baillière 1874) nota 5 a pag. 724-725.

(2) Cfr. in proposito KUNTZE, *Op. cit. passim*, ma specialmente a pag. 124-125.

(3) BORSARI, *Commentario del cod. civ. it.* Vol. IV, Parte I (Torino, Unione 1878), § 3855, pag. 1018.

(4) *Op. cit.*, pag. 125.

il mio vicino *altius non aedificandi*, perchè limitazioni simili non intaccano alla radice l'umana libertà; non tengono invece gl' impegni a limitazioni per cui io venissi a cadere in rapporto di soggezione verso la controparte e che tarpassero la mia libertà d' azione genericamente considerata, come se per esempio un agente di negozio si obbligasse verso il suo principale a non aprire mai e in nessun luogo un esercizio per conto proprio, che gli faccia concorrenza. Nel primo caso, continua con frase imaginosa il Kuntze, gli è come se ad un uccello si strappasse una penna: al posto di essa gliene potrà crescere un' altra e quella mancanza non gli impedirebbe di volare; nel secondo caso sarebbe come se lo si tenesse legato per un' ala, sicchè non sarebbe più libero e potrebbe solo svolazzare (1).

Agli antipodi dei casi fin qui esaminati, in cui l' obbligazione non terrebbe per l'esorbitanza del vincolo, sta l' ipotesi in cui la prestazione fosse rimessa al mero arbitrio del debitore. L'obbligazione allora non sorgerebbe affatto, perchè il vincolo mancherebbe in via assoluta essendovi contraddizione in termini fra il concetto di obbligazione e la promessa ch'io facessi di effettuare una data prestazione *se vorrò* (*si voluero*). Questo vuol significare l'Art. 1162 dicendo: « È nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato ». Dal quale caso vedremo a suo tempo, trattando delle obbligazioni condizionali, come e perchè si distingua l'obbligazione sotto condizione potestativa pel promittente, di regola valida. Mi basta per ora l' aver segnato i due limiti estremi entro cui dev'essere tenuta l'obbligazione per essere valida, e oltrepassati i quali essa vien meno o per la *esorbitanza* o per la *insussistenza* del vincolo.

16. Proseguendo nell' analisi della nostra definizione, noto che da essa risulta dovere il vincolo riferirsi ad un rapporto d' indole *patrimoniale*. Cosa evidente, dacchè siamo appunto nel campo dei diritti patrimoniali. Nel Diritto delle persone,

(1) ibid., nota 23.

nel Diritto di famiglia, potremo trovare benissimo una persona vincolata in generale a degli obblighi verso altra determinata persona, ma questi obblighi, se non hanno contenuto patrimoniale, economico, esulano dal nostro concetto.

Così, per esempio, mentre vi rientra l'obbligo alimentare fra parenti ed affini entro certi gradi, perchè, pur sorgendo da rapporti di famiglia, ha un contenuto simile, vi rimane estraneo il dovere reciproco fra coniugi della fedeltà, della coabitazione, dell'assistenza, pur qualificato dall'Art. 130 quale obbligazione, così il dovere di proteggere la moglie, di cui all'Art. 132, e simili (1). Ciò che può avere carattere patrimoniale in tali casi è soltanto la sanzione di simili obblighi, e ce ne porge esempio, restando appunto nel tema dei diritti e doveri coniugali, l'Art. 133: « L' obbligazione del marito di somministrare gli alimenti alla moglie cessa quando la moglie, allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale, ricusi di ritornarvi. Può inoltre l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito il sequestro temporaneo diparte delle rendite parafernali della moglie ».

Finalmente il vincolo d' indole patrimoniale dev' essere *giuridico*. E però va tenuta bene distinta l'obbligazione formante oggetto del presente Trattato, dagli obblighi morali, dai doveri di coscienza, che pure abbiano eventualmente un contenuto economico. Esempio il dovere altissimo, morale e religioso ad un tempo, racchiuso nel *quod superest date pauperibus*. Senonchè anche dove il vincolo è giuridico, può essere varia la intensità, più o meno lati gli effetti. Di qui la distinzione delle obbligazioni in *civili* e *naturali*. Argomento questo che reclama un lungo discorso, come quello che costituisce uno dei punti più controversi nella nostra dottrina e giurisprudenza, e che si presta poi mirabilmente a mettere alla prova l' attitudine del civilista alla costruzione degli istituti giuridici, costruzione tanto più difficile quanto più scarso è il sussidio che somministra la legge scritta.

---

(1) Cfr. particolarmente Koch, *Das Recht der Forderungen*, Vol. I (Berlin, Guttentag 1858), § 2, pag. 14.

SEZIONE II

L' obbligazione naturale contrapposta alla civile.

SOMMARIO

17. Posizione del quesito e partizione della sezione in paragrafi.

17. La questione che dobbiamo affrontare è triplice. Si domanda: 1°) Se nell' attuale legislazione si debba ammettere, accanto alle obbligazioni giuridiche perfette o *civili* (aventi tutti i presidî e producenti tutti gli effetti proprî dell'istituto che stiamo illustrando), una categoria di obbligazioni meno perfette col nome di *naturali*. 2°) Se sì, quali ne siano i caratteri distintivi, quali gli effetti. 3°) In quali concreti casi riscontrare praticamente quei caratteri distintivi, sì da ravvisarvi altrettante obbligazioni naturali. Di tali questioni la prima è tutta propria del Diritto attuale, mentre invece pel Diritto romano, e finch'esso durò quale *ratio scripta*, era fuor di dubbio la sussistenza di obbligazioni dette nelle fonti *naturales tantum* in contrapposto alle civili, obbligazioni cioè producenti taluni effetti giuridici, ma sprovviste dell' azione, sicchè il creditore non potea esigerne giudizialmente l'adempimento. Gli altri due ordini di questioni li troviamo invece anche fra romanisti. Scende da ciò la divisione della sezione presente in quattro paragrafi, il primo dei quali consacrato ad una rapida scorsa del Diritto romano (1), gli altri tre alla risoluzione degli accennati quesiti in ordine al vigente Diritto italiano.

---

(3) Qui mi servirà in gran parte di guida il De Crescenzio, *Op. cit.* (*Enciclop. giur. it.*, Vol. XII, Parte I), pag. 4-88.

§ 1.

Diritto Romano

SOMMARIO

18. Si accenna al dissenso fra romanisti sul fondamento dell' obbligazione naturale. — **19.** Bipartizione dei casi di vera obbligazione naturale. — Casi in cui si parla di un *natura debere*. — **20.** Effetti dell' obbligazione naturale.

18. Dissentono anzitutto i romanisti sul fondamento dell'obbligazione naturale. Alcuni lo ricercano fuori del *ius civile* e precisamente taluno nel *ius naturale* variamente inteso, altri, appoggiandosi sulla l. 84 § 1 D. de reg. iur. 50, 17, nel *ius gentium*. Si verificherebbe cioè anche qui quel dualismo che si riscontra in tanti altri istituti del Diritto romano: alcune obbligazioni del *ius gentium*, munite di azione, sarebbero con ciò entrate nel dominio del *ius civile Romanorum*, altre ne sarebbero rimaste fuori per essersi loro negato codesto presidio dell' azione, e ciò per considerazioni di vario genere. A questi, che possiamo dire rappresentino il vecchio indirizzo, si contrappongono altri romanisti i quali, anzichè costruire il concetto dell' obbligazione naturale su basi così indeterminate e fuori del Diritto positivo, le riconducono nell'orbita del Diritto positivo stesso. Segnaliamo in quest'ordine di idee fra i romanisti stranieri lo SCHWANERT (1) e il BRINZ (2),

---

(1) SCHWANERT, *Die Naturalobligation* (Göttingen, Bandenhoeck u. Ruprecht 1861), *passim*, ma specialmente § 9, pag. 95 e segg., § 12, pag. 155 e segg.

(2) BRINZ, *Pandekten*, Vol. II, Parte I (2ª Aufl. Erlangen, Deichert 1879) §§ 219 e segg., ma specialmente § 220, pag. 44 e segg.

fra i nostri il Fadda che li segue (1) ed il De Crescenzio (2). Secondo lo Schwanert e il Brinz, *naturalis obligatio* è quella che ha per base una *causa civilis* (contratto, quasi contratto, delitto, quasi delitto), ma per circostanze speciali non ha efficacia civile, talchè l'obbligazione naturale per l'intrinseca sua natura e per gli elementi che la costituiscono non si dispaia dalla civile: tant'è vero che l'*obligatio civilis*, ove perda per qualsiasi causa l'azione, resta come *obligatio naturalis*, del che vedremo esempi in seguito. La scomparsa dell'*actio* non tocca per nulla l'essenza dell'*obligatio* e il cambiamento si riferisce solo alla forma della protezione legale. Ciò prova che *l'obligatio naturalis* ha un carattere perfettamente giuridico: solo le manca la efficacia diretta (3). Il De Crescenzio, mentre rifiuta anch'egli di assidere l'obbligazione naturale sulla base incerta del *ius naturale* o del *ius gentium*, ed è seguace del sistema, dirò così, *positivo*, lo intende tuttavia sotto un punto di vista affatto diverso. Non si può negare, egli dice, che l'azione è l'organo vitale della *obligatio*: quindi l'obbligazione che vien detta *naturalis tantum* non è che « una parvenza di obbligazione, parvenza che si ravvisa negli elementi esteriori di essa, avente cioè persone, l'oggetto, l'*animus obligandi* delle parti, ma che non è vera obbligazione mancando o nelle persone la capacità, o la forma stabilita per la validità di essa; ovvero, avendone tutti i requisiti, è invalidata per mezzo di un'eccezione, che ne ha tolto l'organo vitale, l'azione » (4). Se così è, quando la prestazione è adempiuta, non si può che impropriamente parlare di pagamento, perchè questo presuppone l'esistenza di una vera *obligatio*: vi si ha dunque un *puro fatto*, che la legge positiva tiene fermo per ragioni di equità. L'intiero rapporto non è che un fatto, a cui per motivi di equità la legge positiva ha

---

(1) Fadda, *Intorno ad un preteso effetto delle obbligazioni naturali in Diritto attuale* in *Archivio giuridico*, Vol. XXXVI (pag. 195-237), pag. 207.

(2) *Op. cit.*, § 6, n. 20 e segg., pag. 13 e segg.

(3) Fadda, *loc. cit.*

(4) De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 27, pag. 19.

creduto bene di annettere certi effetti; e però le *obligationes naturales tantum* sono vere eccezioni che non possono estendersi da caso a caso (1).

Non è compito mio, ma di chi si occupa *ex professo* del Diritto romano, il sottoporre ad una critica particolareggiata siffatte teorie. Io ho voluto semplicemente enunziarle perchè ad esse si riconnettono quelle che vedremo disputarsi il campo anche in ordine al Diritto vigente.

Noto tuttavia che ai predetti due indirizzi, che possono considerarsi come fondamentali e prevalenti, va aggiunto ora quello del Frenzel. Questo Autore in un breve, ma molto concettoso lavoro, intitolato *Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio — Ein psychologischer Versuch* (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1897) mette innanzi sull' origine e sul carattere dell'*obligatio naturalis* nuove idee molto degne di nota. Egli distingue il concetto tecnico *(Kunstbegriff)* di simile *obligatio* da un concetto dovuto al sentimento comune del dovere *(Gefühlsbegriff)*. Da quest' ultimo, che formò in origine il fondamento di quel certo valore attribuito alle obbligazioni contratte dai servi e dai figli di famiglia, sarebbe venuto poi sviluppandosi, per un processo psicologico di associazione d'idee, l' altro concetto tecnico di *obligatio naturalis* in modo inconscio e indistinto, adattando in mancanza d' altro l' espressione stessa *obligatio naturalis* ad altri ben diversi rapporti reclamanti per le nuove esigenze del commercio e della giurisprudenza analogo trattamento. Non si sarebbe avuta dunque nè una base unica per tutte le figure di cosidette obbligazioni naturali, nè la coscienza da parte degli stessi giureconsulti romani di quei due concetti veramente separati e distinti. Su questo lavoro del Frenzel comparirà fra breve una interessante nota bibliografica del mio egregio collega ed amico Prof. Brugi, negli *Atti della R. Accademia di Padova*, dove egli ne ha fatto oggetto di una lettura nell' adunanza del 27 Marzo 1898, col titolo *Della psicologia come sussidio alla ricerca del Diritto*. Avverto inoltre quei giovani studenti che volessero approfondire il tema in Diritto romano ch' essi non potranno dispensarsi dal consultare la I[a] Parte del III. Volume del *Labeo* di A. Pernice (Halle, Niemeyer 1892), pag. 253 e segg. Vi è messo fra altro in chiara luce come Giuliano, ch'è noto avere avuta tanta parte nello svolgimento dell'*obligatio naturalis*, ne abbia assiso il concetto caratteristico sul principio che essa esclude ad un tempo e la *condictio indebiti* e il carattere di donazione nella prestazione effettuata dal debitor naturale.

---

(1) Idem, n. 28, pag. 19-21.

19. Quanto ai *casi* in cui ammettere queste *obligationes naturales*, si suole dividerli in due categorie, cioè 1°) obbligazioni naturali sin dapprincipio, 2°) obbligazioni civili che diventano naturali *sublata actione*: o si tratta cioè di un rapporto che non potè sorgere col carattere perfetto di obbligazione civile, ovvero di un'obbligazione civile che civilmente si deve considerare estinta, malgrado non ne sia avvenuto l'adempimento, o a cui fu negato per mancanza di prova il riconoscimento in giudizio, quando la si fece valere con la relativa *actio* (1). Nel numero poi dei casi da far rientrare sotto il concetto di *obligatio naturalis* si rispecchia la discrepanza dei due indirizzi superiormente accennati circa il fondamento dell'istituto, perchè naturalmente troveremo più proclivi ad allargarne la sfera quelli che fondano simili obbligazioni sui concetti non ben definiti del *ius naturale* o del *ius gentium*.

Naturali sino *ab origine* erano le obbligazioni contrattuali dei servi, i quali *civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant* (l. 14 de obl. et act. 44, 7). (Applicazioni pratiche del riconosciuto vincolo naturale presenta la l. 13 pr. D. de condict. indeb. 12, 6). Dicasi altrettanto delle obbligazioni contratte tra padre e figli soggetti alla patria potestà, le quali, civilmente invalide attesa l'unità patrimoniale fra loro esistente, tenevano come obbligazioni naturali, e così di quelle contratte tra figli soggetti alla stessa patria potestà. Sono casi discussi i seguenti: se origini *obl. naturalis* dal contratto che il pupillo stipuli senza l'autorità del tutore, ovvero dai *nuda pacta*. Nessuno invece dubita che la si abbia nel caso di mutuo contratto dal figlio di famiglia, dove il mutuante può tuttavia essere respinto in giudizio coll'*exceptio senatuscons. macedoniani*. Appartengono al secondo gruppo le obbligazioni naturali, che, secondo l'opinione di taluni, sopravvivono alla prescrizione di un'azione civile od alla ingiusta assoluzione del convenuto ed alla cessazione della *obligatio civilis* per *capitis deminutio* incorsa dal debitore.

Accanto poi alle vere obbligazioni naturali si suol collocare come casi affatto distinti (detti da taluno obbligazioni naturali improprie) certi doveri derivati da rapporti personali

---

(1) De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 37, pag. 33, Chironi, *Quistioni di Diritto civile* (Torino, Bocca 1890), pag. 122-123. — Sull'argomento veggasi pure, come il più recente fra i nostri, Moscato, *Le obbligazioni naturali nel Diritto romano e nel Diritto moderno* (Torino, Bocca 1897), Cap. I, § 3, pag. 19 e segg.

d' indole morale a cui la legge attribuisce qualche effetto. Quivi manca la vera *obl. naturalis*, perchè simili doveri non si presentano quali conseguenze di un rapporto che abbia tutta la struttura e la fisonomia di un' obbligazione, ma quali effetti della morale dipendenza di una persona verso un' altra, o per rapporti di famiglia, o in generale per un sentimento di pietà o di riconoscenza. Tali gli esempi della donna, che, ritenendovisi obbligata, dà taluni beni in dote, nè li può *pietatis causa* ripetere (l. 32 § 2 D. de cond. indeb. 12, 6) o del liberto che presta opere non promesse al patrono (l. 26 § 12 D. eod.). Fu avvertito che in questi casi le fonti parlano non tanto di una *naturalis obligatio*, ma piuttosto di un *natura debere*. Ed essi sono ben lungi dal produrre tutti gli effetti della vera *obligatio naturalis*. Ai quali effetti finalmente consacriamo breve discorso.

20. L' effetto fondamentale della *nat. obligatio* è la *soluti retentio*: chiedere la prestazione il creditore non può, ma tuttavia restituirla non deve, se sia stata dal debitore adempiuta. E ciò, badisi bene, sia che il debitore abbia pagato con conoscenza di causa, in altre parole sapendo di non potervi essere giudizialmente astretto, sia che per errore. Orbene, è questo solo della irrepetibilità del pagamento l' effetto di quegli *officia reverentiae* o *pietatis*, che testè vedemmo appellarsi da taluno obbligazioni naturali improprie. Nelle vere *obl. naturales* si aveano altri effetti. La compensazione e la novazione (che verranno a suo luogo studiate) sono altri due modi di estinzione delle obbligazioni in generale, che, al pari del pagamento, operavano il loro effetto in Diritto romano pur trattandosi di *obligatio naturalis tantum*. La quale inoltre era suscettibile di garanzia mediante negozî giuridici accessorî, quali la fideiussione, il *constitutum* (patto pretorio, onde taluno promette ad un creditore l'esecuzione di un debito già esistente), la costituzione di un pegno o di un' ipoteca. Riguardo alle quali ultime garanzie reali, e non semplicemente personali, ferve tra' romanisti la disputa circa il loro effetto inquanto si accompagnino ad un' *obligatio naturalis*, quali sostenendo esperibile *l' actio hypothecaria* per ottenere il pagamento mediante la cosa soggetta alla garanzia,

quali invece che ne derivasse soltanto un diritto di ritenzione della cosa stessa, non anche quello di venderla per pagarsi col prezzo ritrattone, sia perchè ciò si risolverebbe nel dare all'*obl. naturalis* quella diretta virtù coercitiva dell'*actio* ch'essa non deve avere, sia perchè, ove *l'actio hypothecaria* o *pignoraticia* si diriga contro un terzo possessore, il quale ad evitare molestie paghi il debito, non potrebbe poi egli ottenere la surroga nell' azione del creditore soddisfatto, azione che, per trattarsi di *obl. naturalis,* non esiste. Altra questione che si dibatte fra romanisti è se sia o no cedibile un'obbligazione naturale. Comunque, a me è bastato di rilevare come anche in ordine agli effetti qualche divario di opinioni si incontri fra i romanisti, concordi però nella massima di ammetterne altri in aggiunta a quello della *soluti retentio.*

§ 2.

Diritto attuale. Se siano oggidì ammissibili obbligazioni naturali.

SOMMARIO

21. Era sperabile che il legislatore nostro, edotto delle questioni che pur fra' cultori del Diritto romano si agitano intorno a questa figura giuridica, mostrasse chiaramente la sua volontà intorno ad essa. Poteva tacerne affatto se non la voleva più accogliere, se invece voleva accoglierla doveva disciplinarla in modo da togliere l'adito a dubbiezze. Invece non si è fatta nè l'una cosa nè l' altra. Sta nel nostro Codice un unico articolo nel quale si parli di obbligazioni naturali, l'Art. 1237, ma se ne parla in modo così generico, che le questioni, lungi dall' essere diminuite in confronto a quelle agitate dai roma-

nisti, si son fatte fra noi anche più vive, essendoci perfino chi nega, ad onta dell' Art. 1237, che oggidì più sussistano obbligazioni naturali.

Ma riferiamo anzitutto questo articolo. Esso è posto nella Sezione che tratta *del pagamento*, e dice: « Ogni pagamento presuppone un debito: ciò ch' è pagato senza essere dovuto è ripetibile. — La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte ». A questo articolo corrisponde perfettamente il 1235 del Codice francese. Fra gli autori nostri, che negano ciononostante l'esistenza di obbligazioni naturali, vanno segnalati il Gabba, il Fadda, il Ricci ed il Giorgi.

Il Gabba scrive, a proposito dell' Art. 1237, che non vi si ha che « una reminiscenza del Diritto romano, inconsideratamente introdotta nel Diritto moderno, in cui non ha nè può avere significato nè fondamento di sorta ». E ciò perchè « nel Diritto romano aveva base nella distinzione e contrapposizione del Diritto naturale e del civile, e precisamente nella distinzione dottrinale che i giureconsulti romani facevano fra l' un Diritto e l' altro, dicendosi nella l. 6 D. de iust. et iure che il secondo si forma aggiungendo alcune cose al primo e togliendone altre. Ma ai giorni nostri il Diritto civile afferma non aver altra fonte che la ragione e la natura delle cose, e quindi il Diritto naturale e il civile si confondono, nè al di là del Diritto civile concepito in tal maniera si può ammettere l' esistenza di un Diritto naturale nè più rigoroso nè più indulgente di quello. Come si può adunque distinguere la obbligazione naturale dalla civile, per affermare l'esistenza di un'obbligazione della prima specie in chi è prosciolto da ogni obbligo civile? » (1).

E il Fadda: « Dato che la *naturalis obligatio* [del Diritto romano] si fonda sopra una causa civile, ha essenza identica a quella della *obligatio civilis*, ma non ha *l' actio* [ch'è la teoria dello Schwanert e del Brinz, da lui adottata,

---

(1) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. IV (2 ediz. Torino, Unione 1889), pag. 11-12.

v. s. n. 18, pag. 45] noi, di fronte al Diritto moderno, che del diritto e dell'azione non fa due cose a sè, ma indissolubilmente le congiunge, dobbiamo concludere che casi di vera *obligatio naturalis* più non esistono e che l'obbligazione naturale del nostro Codice è fuori del campo giuridico » (1).

Il Ricci pure nega questo *quid medium* fra obbligazioni civili e puri obblighi di coscienza, che, se aveva ragione presso i Romani per temperare il rigore del Diritto, il quale esigeva le forme solenni della stipulazione, e come una breccia che l'equità apriva in un edificio da cui il sentimento esulava, non ne ha più nel Diritto moderno, fondato non sulla ragione soltanto, ma altresì sull'equità, la quale anzi vi esercita il massimo predominio (2).

Per analoghe considerazioni conclude all'inesistenza di questa figura speciale di obbligazioni in Diritto nostro il Giorgi, ch'è l'autore il quale ha più approfondito questo tema (3).

E allora, se questa figura giuridica è un arnese fuori d'uso, un organo atrofizzato, quale significato si dovrà dare all'espressione obbligazioni naturali che pur si legge nel citato Art. 1237? Su ciò soffermandosi più degli altri, il Giorgi ritiene che ivi l'espressione *obbligazioni naturali* equivalga a *doveri morali* o di coscienza. Il legislatore non può imporre l'adempimento di doveri simili, ma non può d'altra parte prestare il suo braccio a chi volesse commettere questa grave immoralità, questa vera turpitudine, di domandare di ritorno ciò che ha dato in esecuzione di essi. E come poi questa turpitudine la si avrebbe ugualmente sia che chi ha adempiuto l'obbligo morale lo abbia fatto sapendo di non esservi civilmente astretto, sia perchè versava nella falsa opinione

(1) Fadda, *Op. cit.*, pag. 211.

(2) Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VI (2 ediz. Torino, Unione 1886), n. 3, pag. 3. — Lo stesso, *Indole e fonti delle obbligazioni* (Torino, Unione 1892), n. 4, pag. 9-11.

(3) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, Vol. I, (4. ediz., Firenze, Cammelli 1894), n. 35 e segg., e in una lunga nota a sentenza 24 Febbraio 1891 della Corte di Cassazione di Roma in *Foro it.*, Anno XVI, parte I, col. 413 e segg.

di potervi essere obbligato anche in via giudiziale, così in nessuno di questi due casi sarà ammessa la ripetizione. E però quando l'Art. 1237 parla di obbligazioni naturali *volontariamente* soddisfatte, non va preso quell'avverbio nel senso di *scientemente*, con che si darebbe luogo allo scandalo che si potesse ripetere ciò che si è dato a soddisfacimento di un obbligo di coscienza assumendo di provare che lo si è dato nell'erronea credenza che si trattasse di un'obbligazione civile, ma bensì come sinonimo di *spontaneamente, non coattivamente*, cioè senza che la volontà sia stata viziata da violenza o da dolo. Finalmente, postochè ciò che ad altri si dà *nullo iure cogente* è atto di liberalità, così come tale e quindi irretrattabile dovrà considerarsi una prestazione fatta per adempiere simili doveri di coscienza, sinonimi pel Giorgi di obbligazioni naturali. Ed ha, io mi domando, importanza pratica questo qualificare tali prestazioni come donazioni piuttostochè come pagamenti di obbligazioni aventi vero e proprio carattere giuridico? Poichè siamo d'accordo sulla irrepetibilità di ciò che si è dato, a che serve, potrà dire taluno, a che serve il distinguere ulteriormente? Rispondo che la distinzione ha importanza grandissima nei riguardi sia della forma sia della sostanza. Quanto alla forma, per l'Art. 1056 gli atti di donazione devono essere fatti sotto pena di nullità per atto pubblico, regola che da taluno è intesa così rigidamente da ritenere nulle, o almeno non valide oltre un certo modico importo, le donazioni manuali, fatte cioè *brevi manu*, con la consegna di cose mobili per natura o titoli al portatore (io però tengo valide simili donazioni, cosa che non è qui il luogo di dimostrare per non innestare una discussione nell'altra). Ad ogni modo siamo tutti d'accordo che l'atto pubblico è indispensabile per la validità di donazioni che abbiano oggetto di natura diversa, p. e. un fondo. Orbene, la dazione del fondo sarà valida senza atto scritto se la qualifichiamo adempimento di obbligazione, *alias* se donazione. Quanto alla sostanza, si pensi alle speciali cause di revoca (Art. 1081, 1083), alla riducibilità delle donazioni per lesa legittima (Art. 1091 e segg.), all'obbligo di conferirle incombente ai discendenti che le abbiano ricevute dal comune autore quando vengono

con altri discendenti alla successione (Art. 1001), si pensi finalmente al diverso trattamento che hanno gli atti gratuiti in confronto degli onerosi dinanzi all'azione pauliana (Art. 1235), quelli revocandosi anche se il donatario era di buona fede, questi solo se l'acquirente era *particeps fraudis*: e si vedrà, dopo ciò, quanta sia l'importanza dell'ammettere nei casi che ci occupano la irretrattabilità di quanto si è dato pel motivo che trattisi di donazioni (nelle quali è regola appunto la non revocabilità ad arbitrio del donante) o non piuttosto perchè siamo in cospetto di vero e proprio pagamento di una obbligazione giuridica.

22. Con tutto l'ossequio dovuto ad autori di tanto peso, come quelli indicati nel numero che precede, io non credo accettabile siffatta teorica. Non si deve mai ammettere con tanta facilità che il legislatore dica cose inutili, accenni ad istituti che in realtà non esistono, oppure adoperi per significare un dato concetto espressioni proprie di un concetto diverso. Ora la opinione da noi combattuta, inquanto afferma, come fa il Gabba, che le parole obbligazioni naturali dell'Art. 1237 capov. non sono che una stanca reminiscenza del Diritto romano, fa cadere il legislatore nel primo gravissimo difetto, e inquanto interpreta quelle parole come sinonime di doveri morali o di coscienza viene ad imputargli l'altro difetto non meno grave. Come ammettere infatti che il legislatore francese e l'italiano, che si trovavano dinanzi alla tripartizione romana chiara ed esplicita delle obbligazioni civili, delle obbligazioni naturali e dei doveri morali, abbia usata l'espressione obbligazioni naturali se voleva alludere con essa ai doveri morali? Non si va contro così alla norma di ermeneutica posta nell'Art. 3 delle Disposizioni preliminari del Codice, secondo cui « nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal *proprio significato delle parole*, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore? Era tanto facile, se non si voleva saperne più di obbligazioni naturali nel senso romano, per affermare semplicemente la irrepetibilità di ciò che si è dato per soddisfare doveri morali, il fare di questi esplicita menzione. Così dei doveri morali apertamente è fatto cenno, per

negare la ripetizione di ciò che si è prestato, nel *Codice federale svizzero delle obbligazioni* e nel *germanico* (1).

L'obbligo dunque dell'interprete, dacchè la legge, sia pure in modo generico, ha accolta la tradizionale espressione « *obbligazioni naturali* », non consiste già nel contestarne tuttavia l'esistenza, ma nel cercare quali caratteri possa avere in oggi siffatta figura di obbligazioni, a quali effetti, dato l'intero nostro sistema legislativo, se ne possa ridurre oramai la sfera d'azione, se nel Codice qualche caso ne ricorra, quali altri casi se ne possano eventualmente ammettere, e tuttociò *anche se vero fosse* che oggimai simile istituto non ha più ragion d'essere, perchè ciò potrebbe valere soltanto per propugnarne *de lege ferenda* l'abolizione.

Senonchè non è poi neanche vera del tutto quest'asserzione avversaria dell'odierna inutilità dell'obbligazione naturale, anzi della sua incompatibilità con lo spirito dell'attuale legislazione. Dicono che l'azione non è più in oggi un *quid* staccato e distinto dal diritto, com'era in Diritto romano, sicchè torni vano il discorrere di vincolo giuridico dove la azione difetta. Rispondo che ciò che vi ha di vero in tutto questo si è che, per la separazione dei due concetti del diritto e dell'azione, intanto un diritto era nel sistema romano munito di azione, inquanto quest'azione gli fosse stata connessa, accordata espressamente: onde la storia dei progressi del Diritto romano, dovuti in tanta parte all'opera del pretore, è una sequela di concessioni di azione, in base a criterî sempre più larghi, a rapporti giuridici che prima ne difettavano. Oggi invece la regola è diventata l'inversa, che cioè ad ogni diritto si debba ritenere connaturale l'azione, considerata nient'altro che come il diritto stesso esercitato in giudizio, ma non è detto per questo che un rapporto giuridico cessi d'esistere come tale per-

---

(1) *Cod. svizzero*, Art. 72. capov.: « Non si può ripetere ciò che fu dato per adempiere un obbligo . . . se la prestazione rispondeva ad un *dovere morale* o ad un riguardo di convenienza. » Non è tuttavia escluso, come si dirà in seguito, che queste legislazioni ammettano inoltre obbligazioni naturali. Parimenti il § 814 del *Codice civile germanico* nega la ripetizione « wenn die Leistung einer *sittlichen Pflicht* oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach ».

chè la legge lo priva di questa esperibilità in giudizio. Dei mezzi di protezione, certamente più languidi, potranno restargliene ancora, e fra questi capitale l'eccezione della *soluti retentio*.

Ci incalzano d'altra parte gli avversarî col dire cessato oramai quel dualismo fra rigido Diritto civile da un lato ed equità o Diritto naturale dall'altro, ch'era proprio del sistema romano ed al quale, assieme a tante altre creazioni, rispondeva questa delle obbligazioni naturali contrapposte alle civili. Rispondo che, se ciò è vero in massima, non condurrà tuttavia a negare l'esistenza attuale di obbligazioni naturali, potendo darsi che, per ciò appunto che il legislatore odierno nel dettare le sue norme tiene calcolo egli stesso dell'equità e del Diritto naturale, dalle esigenze loro sia stato tratto in qualche caso ad elevare di un gradino, trasportandoli nella sfera giuridica, sia pure come semplici obbligazioni naturali, dei rapporti che sarebbero rimasti altrimenti nel puro dominio dell'etica, ovvero ad abbassarli di un gradino riducendo allo stato di semplici obbligazioni naturali, col togliere l'azione, taluni rapporti che altrimenti si sarebbero dovuti considerare come vere e proprie obbligazioni civili. Del quale ultimo procedimento porge l'esempio il nostro Codice, d'accordo anche qui col francese, a proposito dei debiti derivanti dal contratto di giuoco o di scommessa (Art. 1802-1804, conf. agli Art. 1965-1967 del Codice francese). Ma una cosa ancora io credo ci sia da obbiettare a chi afferma non esserci oramai più posto per l'obbligazione naturale in una legislazione, tutta già assisa sulle basi del Diritto naturale e dell'equità. Ed è che il Diritto è in continua formazione, onde non può escludersi che nella immensa e sempre crescente varietà dei giuridici negozî spuntino nuovi conflitti, forse dal legislatore nemmeno sognati, fra i due principî dello stretto Diritto e dell'equità, a risolvere i quali soccorra questa figura dell'obbligazione naturale accennata in termini generici dal nostro legislatore nel più volte ricordato Art. 1237 (1).

---

(1) Cfr. la memoria da me inserita nel *Monitore dei Tribunali* del 1890 (pag. 813-817), *Sull' interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali, a proposito di uno scritto del Prof. Simoncelli*, pag. 815.

A riconvincere che l'obbligazione naturale non è poi nella vita odierna quell'arnese fuori d'uso che si sostiene *ex adverso*, mi pare non privo d'importanza il seguente riflesso. Vi hanno legislazioni che deliberatamente hanno omesso di far parola di obbligazioni naturali: cito fra i più recenti il *Codice svizzero delle obbligazioni* e il *germanico*. Pure la dottrina ha dovuto riconoscere che, se vi manca il nome, non vi manca la cosa, e, segnalando in quei Codici dei casi in cui è negata l'azione ed ammessa la *soluti retentio* pure all'infuori dei doveri morali (o di ragioni di convenienza giusta il citato § 814 del Codice germanico), è costretta appunto a ricondurli sotto il tipo dell'obbligazione naturale. Veggansi, p. es., lo Stammler in ordine al nuovo Codice germanico (1), un'apposita monografia del Meyer (2) ed il commento dei Sigg. Schneider e Fick in ordine al citato Codice federale svizzero (3).

§ 3.

Caratteri ed effetti dell'odierna obbligazione naturale

SOMMARIO

23. Teorie che cercano il fondamento delle obbligazioni naturali fuori del Diritto positivo. — **24.** Teorie opposte. — **25.** Mia opinione sul fondamento e sui caratteri dell'odierna obbligazione naturale. — **26.** Effetti dell'obbligazione naturale nel Diritto nostro: 1°) La *soluti retentio*: significato dell'avverbio *volontariamente* nell'Art. 1237 del Codice. — **27.** 2°) Se e quali altri effetti possano ammettersi oltre alla *solutio retentio*.

23. Accertata l'esistenza dell'obbligazione naturale nel Diritto vigente, sorge il secondo quesito, quali cioè ne siano i tratti caratteristici, in altre parole quando si possa dire che

---

(1) Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren* (Berlin, Guttentag 1897), n. 6, pag. 26-35.

(2) Em. Meyer, *Der römisch-rechtliche Begriff der Naturalobligation im schweizerischen Obligationenrecht* (Zürich, Lohbauer 1892), specialmente a pag. 99 e segg.

(3) Schneider u. Fick, *Das schweizer. Obligationenrecht*, Vol. II (2. Aufl. Zürich, Schultess 1897) sull'Art. 514, n. 1, pag. 700.

si ha un' obbligazione di tal natura e quali ne siano gli effetti. Diciamo prima del concetto e fondamento dell' obbligazione naturale, passeremo quindi a studiarne gli effetti.

Anche nel Diritto moderno compare quella duplice corrente di idee che si è riscontrata fra romanisti (v. s. n. 18, pag. 44-46). Vi ha cioè, per dirla col De Crescenzio (1), il sistema che cerca il fondamento dell' obbligazione naturale fuori dell' ordine del Diritto positivo, e precisamente o nel campo della morale o della coscienza, o in quello del *ius naturale* o filosofico, o nella *aequitas*, o nel *ius gentium*, e l' altro sistema che lo ripone nello stesso Diritto positivo, inquanto l' obbligazione naturale nella sua essenza non è altro che un' obbligazione civile mancante di azione.

Nel primo gruppo è diffusissima l' opinione di quelli che cercano il fondamento predetto nel fôro interno della coscienza e ciò che la rende molto accreditata è il fatto ch' essa risale al Pothier, l' ispiratore del Codice francese, ed ai lavori preparatorî del Codice stesso, come vedremo fra poco. Intanto mi preme di rilevare che questo sistema per cui tanto si allarga il dominio dell' obbligazione naturale da invadere il campo della morale, non è, benchè sembri a prima vista, un tutt' uno con quello del Giorgi; anzi quest'ultimo rappresenta una reazione contro di esso. Il Giorgi infatti, col negare del tutto l' esistenza di un *ens tertium* fra doveri morali e obbligazioni civili, dice che quelle che il Codice chiama obbligazioni naturali sono nè più nè meno che doveri morali, il cui adempimento pertanto costituisce donazione. Gli autori invece di cui andiamo ad esporre il pensiero, tengono ferma l' esistenza di questo *ens tertium*, sia pure che penetrino nel dominio della coscienza per desumerne i tratti caratteristici, e conseguentemente reputano atto oneroso, e non gratuito, il soddisfacimento di siffatte obbligazioni.

Dissi che quest' opinione risale al Pothier. Traduco ciò ch' egli scrive in proposito nel *Trattato delle obbligazioni:*

---

(1) De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 83, pag. 89. Da quest'opera traggo anche in questa parte largo profitto.

« Si hanno anche obbligazioni, che sono semplicemente naturali, senza essere obbligazioni civili. Queste obbligazioni nel fòro dell'onore e della coscienza vincolano chi le ha contratte ad adempierle, ma la legge civile rifiuta l'azione a colui verso il quale sono state contratte » (1). Distingue poi queste dalle obbligazioni imperfette, di cui non siamo responsabili che verso Dio e delle quali nemmeno nel fòro interno si ha diritto ad esigere l'adempimento, es. i doveri di carità o di beneficenza a titolo di gratitudine, mentre delle naturali reca pure degli esempi, fra cui quello dell'obbligazione naturale che sopravvive alla prescrizione fatta valere (2). Quanto poi all'essenza dell'obbligazione naturale, mancando la coercizione al pagamento (*necessitas aliquius solvendae rei*), nega che sia un *vinculum iuris* e lo chiama *pudoris et aequitatis vinculum* (3). Sulla medesima via stanno i lavori preparatori del Codice francese (veggasi specialmente la Relazione del JAUBERT al Tribunato); anzi essi più del POTHIER si prestano alla confusione delle obbligazioni naturali coi doveri morali (4). Confusione che si può dire completa in taluni scrittori, pure autorevoli, che illustrarono questa parte del Codice francese. Così il LAROMBIÈRE tra le fonti delle obbligazioni naturali pone la coscienza, i sentimenti di delicatezza, di onore, di gratitudine, di beneficenza, i vincoli di sangue, la pietà filiale, la fede alla parola data (5). A questa scuola va ascritto fra i nostri il BORSARI inquanto scrive: « la obbligazione naturale

---

(1) POTHIER, *Traité des obligations* nella Raccolta dei suoi *Traités de Droit français*, T. I (Bruxelles, Jonker 1829), n. 175, pag. 47.

(2) *Idem*, n. 1, pag. 1 e n. 197, pag. 51-52.

(3) *Idem*, n. 175, pag. 47.

(4) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII (Paris, Videcoq 1836), pag. 264 e 340.

(5) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, T. IV (2 édit., Paris, Pedone-Lauriel 1885), sull'Art. 1235, n. 6, pag. 62, dove alla domanda quali sieno i doveri che possono costituire obbligazioni di questa specie risponde: Tels sont, par exemple, les devoirs indiqués par la conscience, par la loi de la délicatesse et de l'honneur, ou imposés par les liens du sang, par la piété filiale, par la foi due à la parole donnée, par les sentiments de gratitude et de bienfaisance. *Ce ne sont sans doute que des devoirs moraux.... Mais ces devoirs ne nous paraissent pas moins constituer également des*

non è altro che la coscienza di un dovere morale, e la scienza che questo dovere morale non ci obbliga civilmente. Pertanto i nostri fatti volontari che sono in armonia con quel sentimento dell'animo, ricevono talvolta la sanzione della legge e diventano obbligatorii » (1). Ora siffatta scuola pecca di indeterminatezza, non distingue come si deve il campo del Diritto da quello della Morale, ed allargando infinitamente il novero delle obbligazioni naturali rende frustranei molti provvedimenti dati dal legislatore nell'interesse della famiglia e dei creditori. Infatti, essendo che quando uno dà ad altri qualcosa *nullo iure cogente*, lo fa sempre, se non è un pazzo, per un qualche movente desunto almeno dai sentimenti sopradetti, e tanto basterebbe per la dottrina in esame a far qualificare l'atto pagamento di obbligazione anzichè donazione, cadrebbero nel vuoto o quasi le norme già ricordate della riducibilità a favore dei legittimarî lesi, della revocabilità con l'azione pauliana in base al solo *animus fraudandi* del debitore, e simili. Sotto la nostra legislazione abbiamo per di più un testo di legge mancante nella francese, il quale sta decisamente contro la predetta teoria. È l'Art. 1051, così concepito « È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per ispeciale rimunerazione ». Eppure entrerebbero questi sentimenti fra le fonti delle obbligazioni naturali con tanta larghezza indicate dal LAROMBIÈRE.

L'indeterminatezza é pure il vizio di quei sistemi che, o trasportando al Diritto moderno un concetto tutto proprio del Diritto romano, il concetto del *ius gentium*, definiscono come obbligazione naturale quella che deriva dal Diritto po-

---

obligations naturelles, dont l'intensité peut varier suivant les circonstances, mais qui produisent néanmoins, par leur exécution volontaire, des effets civils. » Per la verità deve aggiungersi che questo Autore prosegue ricercando altresì dei casi in cui l'obbligazione naturale trae origine puramente dal Diritto positivo, dove più largo, dove più esigente del puro Diritto filosofico.

(1) BORSARI, *Comment. del Cod. civ. ital.*, Vol. III, Parte II, (Torino, Unione 1877), sull'Art. 1097, § 2272, pag. 163.

sitivo ammesso presso i diversi popoli e che costituisce una obbligazione civile imperfetta (1), o che in generale dal Diritto naturale o filosofico la derivano, come fa p. e. lo ZACHARIAE (2), autore a cui va però riconosciuto il merito di aver fornito un criterio utilizzato, come vedremo, nel secondo gruppo di sistemi, al quale ora passiamo.

24. Contrassegna questo secondo gruppo il fatto di cercare il fondamento dell'obbligazione naturale nello stesso Diritto positivo. E qui mi limiterò, per non affastellare con poca utilità teorie e nomi di autori, al sistema del LAURENT (3) ed alle modificazioni che vi ha apportato fra noi, pur accettandolo sostanzialmente, il DE CRESCENZIO (4), seguito in fondo dal SIMONCELLI (5).

Dopo di aver dimostrato come l'obbligazione naturale differisca per la sua essenza dal dovere morale, il LAURENT continua col dire che invece nel fondo essa è identica alla obbligazione civile, dalla quale differisce in un unico punto, cioè per la carenza d'azione. Dal momento che la legge stessa (Art. 1235 Cod. fr., 1237 del nostro) la chiama obbligazione, deve pur averne gli elementi, cioè un vincolo di diritto fra un debitore ed un creditore ed una cosa dovuta. Se la legge non le avesse tolto il presidio dell'azione, per sua natura sarebbe coercibile, il che la differenzia dai doveri morali. Quest'elemento della virtuale coercibilità è quello che già lo ZACHARIAE (6) avea posto in rilievo, e però il LAURENT accetta in sostanza la definizione dello ZACHARIAE stesso (meglio formulata dagli annotatori di lui, i Sigg. AUBRY e RAU (7)), di-

---

(1) DE MASSOL, *De l'obligation naturelle*, etc. (2ª édit., Paris Durand 1862) pag. 218, comb. colla pag. 6.

(2) ZACHARIAE, *Cours de Droit civil français* (2ª édit., Bruxelles, Meline-Cans 1850) T. I, § 297, pag. 340.

(3) LAURENT, *Principes*, T. XVII (1875) nº 1 e segg., pag. 5 e segg.

(4) DE CRESCENZIO, *Op. cit.*, nº 86 e segg., pag. 151 e segg.

(5) SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del Diritto civile* (Camerino, Savini 1890), pag. 24-36.

(6) *loc. cit.*

(7) AUBRY e RAU, *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. IV (4ª édit., Paris, Marchal Billard 1871), § 297, pag. 4.

cendo che le obbligazioni naturali sono doveri giuridici di loro natura, suscettibili come tali di esecuzione forzata, ma che il legislatore rifiuta di riconoscere col non dare azione al creditore (1). La differenza in confronto dello Zachariae, il cui sistema non abbiamo potuto collocare in questo gruppo, risiede in questo, che egli dichiara rimesso all'apprezzamento del giudice, il quale deve per ciò ricorrere ai principî del Diritto filosofico, il determinare quando ricorra un' obbligazione naturale, dacchè, egli dice, non tutte le obbligazioni naturali sono state enumerate dalla legislazione positiva. Il Laurent invece, illustrando il dato concetto, dice: due condizioni sono dunque richieste perchè ci sia una obbligazione naturale: 1) un legame *giuridico* esistente fra due persone — 2) che questo legame non sia riconosciuto dalla legge. Il difficile è fissare il primo carattere per cui la si distingue dal dovere puramente morale: orbene, questo è fornito dal criterio della virtuale coercibilità, data la quale ci vuole un *testo esplicito formale di legge che neghi l'azione* al creditore. Il testo della legge dunque ci viene in aiuto in questa difficile materia. Quando il legislatore rifiuta ad un' obbligazione l'azione per motivi suoi particolari che varieranno da caso a caso, se ne può concludere che questa obbligazione è naturale. Anche i doveri morali sono destituiti di azione, ma per essi il legislatore non ha bisogno di pronunciarsi, non ha bisogno di toglierla con una espressa statuizione: essi già di per sè ne difettano, perchè per loro essenza incoercibili

Dissi che in sostanza accede al Laurent il De Crescenzio. Anch' egli infatti non esce dal Diritto positivo e dichiara esatto il criterio del Laurent, che si debba riconoscere l' esistenza di un' obbligazione naturale quando in un caso determinato concorrano tutti i requisiti necessari per una vera obbligazione, ma una disposizione speciale di legge neghi l'azione al creditore, chè anzi rimprovera al Laurent di non avere rigorosamente osservato questo criterio nelle applicazioni ai

---

(1) Laurent, *Op. e Vol. cit.*, n. 6, pag. 14.

singoli casi (1). Ma quando poi veniamo all' essenza dell' obbligazione naturale, il De Crescenzio tiene ferma anche per Diritto moderno la teoria che vedemmo già da lui sostenuta in Diritto romano, che cioè questo rapporto, avente tutti gli elementi estrinseci di un' obbligazione civile, non è per nulla un' obbligazione, un *vinculum iuris,* ma un puro fatto. Se a questo *substratum* di fatto accede il pagamento, la legge, senza rendere giuridico il rapporto, si limita a riconoscere qualche effetto come se il rapporto fosse giuridico. Ma poichè tale effetto, non preesistendo vincolo di sorta, non è che il portato della legge e forma una deroga ai principî fondamentali, così senza una precisa e chiara statuizione di legge non si danno nè casi nè effetti di obbligazioni naturali (2). Il giudizio che io porto su codeste teorie del Laurent e del De Crescenzio risulterà dalla esposizione della teoria mia, alla quale finalmente procedo.

25. Già dall' esame critico di talune fra le opinioni enunciate risulta ch' io non sono disposto a ricercare il fondamento delle obbligazioni naturali nel campo vago del *ius naturale*, del *ius gentium* e simili, e che credo altresì debbano tenersi bene distinte dai semplici doveri morali. In sostanza dunque io mi schiero nel secondo gruppo di giuristi, quelli che rintracciano il predetto fondamento nel Diritto positivo. Ma questo in che senso? In un senso, e partendo da un punto di vista alquanto diverso da quello degli autori esaminati pure a siffatto gruppo appartenenti. Quando siamo in cospetto di un dato rapporto, o lo troviamo disciplinato testualmente nella legge, ed allora dal modo stesso onde la legge lo disciplina raffrontato all' indole intrinseca del rapporto si dedurrà se essa abbia voluto farne un'obbligazione civile o naturale: tale è p. e. il caso del giuoco e della scommessa. Oppure la legge è muta, e allora che cosa ha da fare l' interprete? La via gli è tracciata dall'Art. 3 del Titolo preliminare del Codice: « Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa

(1) *Op. cit.*, n. 86, pag. 101.
(2) *Op. cit.*, n. 90, pag. 109-110 e *passim.*

disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del Diritto ». Dunque o *analogia di legge*, desunta da *norme positive*, o *analogia di diritto*, desunta dai principi generali del Diritto, per i quali oramai è quasi concordemente ammesso si debba intendere l'assieme di quei principi che emanano da tutto lo spirito della nostra *legislazione positiva* (1). Ecco dunque in che senso rimarremo sempre sul terreno del Diritto positivo, un senso alquanto diverso da quello del LAURENT e del DE CRESCENZIO, per il primo dei quali si ha obbligazione naturale solo quando un testo esplicito rifiuti ad un rapporto obbligatorio l'azione, per il secondo è pure necessario che una precisa e chiara disposizione di legge contempli un dato rapporto per connettervi l'effetto dell'obbligazione naturale, effetto che si riduce pel DE CRESCENZIO (lo dico sin d'ora) alla sola irrepetibilità di ciò che si è pagato, senza che tuttavia la dazione costituisca una liberalità. Vedremo, proseguendo, come questi che sono dati da tali autori quali soli indici dell'esistenza o no di un'obbligazione naturale, non solo non siano gli unici, potendo aversi obbligazioni naturali anche se manchi il testo esplicito di legge nel senso da quegli autori richiesto, ma siano altresì malsicuri, potendo darsi che ci sia un simile testo e ciononostante si debba concludere non potersi discorrere di obbligazione naturale attesa l'indole intrinseca del rapporto cui quel testo si riferisce. È infatti da questa intrinseca natura del rapporto che si può dedurre se esso debba avere il carattere di obbligazione naturale, se cioè, pur non arrivando a costituire una obbligazione civile, si differenzii tuttavia dai semplici doveri morali che stanno fuori del campo giuridico.

Ora per decider questo un criterio certamente utilizzabile è quello della virtuale coercibilità dato dallo ZACHARIAE e dietro di lui dal LAURENT. Sta infatti nella essenza dei doveri

---

(1) Mi basti ricordare FADDA e BENSA nella citata traduzione delle *Pandette* del WINDSCHEID, nota *t* al § 23, pag. 128 e segg. del Vol. I.

morali che non possano formar oggetto assolutamente di coazione; una legislazione, salvo che sia tirannica, non li può imporre rendendoli suscettibili di esecuzione forzata, poichè intanto è morale il dovere inquanto lo si può solo spontaneamente adempiere. Ma bisogna fare un passo più in là, perchè la questione è in simil guisa semplicemente spostata, ma non risoluta ancora. Quale infatti, si chiederà, quale è il criterio per decidere se una data prestazione sia, potenzialmente almeno, o non sia coercibile? Il criterio, rispondo, è il seguente. È coercibile la prestazione se diretta ad attuare quella norma fondamentale della giustizia che sta racchiusa nel *suum cuique tribuere*. Allora infatti il dovere non riguarda solo, se è lecito così esprimersi, la coscienza morale, ma qualche cosa di più, la coscienza giuridica, la quale mal sopporta indebiti arricchimenti a danno altrui (1). Perchè poi questa norma di giustizia del *suum cuique tribuere* possa trovarsi, per l'inosservanza dell'obbligazione naturale, inadempiuta, che cosa si suppone evidentemente? Si suppone che ci sia un rapporto già precostituito fra due persone (2), rapporto che, per ragioni d'ordine pubblico dal legislatore prese in considerazione, non potè assorgere al grado di obbligazione civile, ovvero che, perfetto nell'origine, è poi venuto meno per cause di mera creazione del Diritto civile ordinate nell'interesse pubblico indipendentemente dalla effettiva esecuzione cui il debitore era astretto o da un reale equipollente di essa (3).

Dissi che il criterio desunto dall'indole intrinseca del rapporto di cui si tratta, meglio che l'indagine se ci sia o no un testo esplicito di legge che gli tolga l'azione e simili, è quello che deve guidarci per decidere se si abbia o no ob

---

(1) Cfr. FISICHELLA, *Delle obbligazioni naturali* (Catania, Martinez 1889), *passim*, ma specialmente a pag. 14, e L. COVIELLO, in nota a sentenza 18 Aprile 1891 della Cassazione di Roma in *Annuario critico di giurisprudenza pratica* del COGLIOLO, Vol. III, pag. 399.

(2) cit. COVIELLO.

(3) È in questa parte il concetto del CHIRONI, *Questioni di Diritto civile* (Torino, Bocca 1886), pag. 128-129 e *Istituz. di Dir. civile*, Vol. II, (Torino, Bocca 1889), § 250, pag. 250, con qualche maggiore determinazione.

bligazione naturale. E ne reco tosto due esempi. È un obbligo certo d'indole morale quello che ha un padre di provvedere in conformità delle proprie sostanze a dotare le figlie, o in genere a fare un assegnamento ai figli per causa di matrimonio. Ma costituisce desso qualche cosa di più, cioè a dire un'obbligazione naturale? Se ci lasciassimo guidare dalla considerazione che c'è un testo di legge che nega l'azione dovremmo rispondere che sì. Ecco infatti ciò che dichiara l'Art. 147 del nostro Codice (204 del Cod. francese): « I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo ». Ma quel criterio, isolatamente preso, è fallace. La formula infatti usata dal legislatore, che in un dato caso non competa azione, può essere segno non di obbligazione naturale, ma di inesistenza di qualsivoglia obbligazione giuridica (1). Nè si dica, come vedemmo affermato dal LAURENT, che trattandosi di doveri che siano puramente morali il legislatore non ha bisogno di intervenire per dirli spogli d'azione intendendosi già questo da sè, chè alla volte egli può fare una tale dichiarazione a loro riguardo per una ragione, dirò così, d'indole storica, cioè per segnare il distacco da precedenti legislazioni, oppure può farlo per troncare ogni dubbio sulla natura di doveri simili. E l'esempio citato dell'Art. 147 sta precisamente in quest'ordine di idee. Convien sapere infatti che e per Diritto romano e per taluno dei Codici vigenti in Italia prima dell'unificazione (es. Leggi civili delle due Sicilie, Art. 194 capov., Codice austriaco, § 1220) il genitore avea l'obbligo di dotare le figlie (2). In seno alla Commissione legislativa (seduta 25 aprile 1865) fu pure discusso se si

---

(1) DE CRESCENZIO, *Op. cit.*, n. 86, pag. 101.

(2) Giacchè l'occasione si presenta, diremo che pel Codice delle due Sicilie la figlia aveva diritto di essere dotata dal padre, in difetto dall'avo paterno, quindi dalla madre, e che pel Codice austriaco (cit. § 1220 comb. coi §§ 141, 143) l'obbligo di costituire una dote congrua, cioè conveniente alla propria condizione e sostanza, incombe al padre, s'egli nol può alla madre, agli ascendenti paterni, da ultimo ai materni, e ciò nel supposto che la sposa non abbia beni proprî sufficienti per una congrua dote.

dovesse mantenere siffatto principio. Or ecco l'Art. 147 trovare la perfetta sua spiegazione in questi precedenti storici e legislativi, nè potersi dedurre dal diniego di azione ai figli, in quell' articolo enunciato, che trattisi non semplicemente di un obbligo morale, ma di obbligazione naturale addirittura. Il fatto dunque dell' avere il legislatore negata l' azione con un testo esplicito lascia ancora impregiudicata ed insoluta la questione, e per risolverla bisogna badare all' indole intrinseca del caso. Ora a questo proposito il Laurent, che vi ravvisa appunto un' obbligazione naturale, invoca il criterio della virtuale coercibilità comprovata dall' esempio storico del Diritto romano. Argomento debole. In Diritto romano può avere influito a questo proposito un antico concetto di proprietà familiare; quanto a noi, abbiamo dimostrato che intanto si può concepire come coercibile un dato dovere, inquanto per esso si applichi la massima del *suum cuique tribuere*, il che non ricorre nel caso nostro, perchè, dovendosi in oggi ripudiare affatto ogni idea di condominio domestico, il padre è l' assoluto padrone del suo patrimonio sinchè vive, onde non può essere che puramente morale il suo obbligo di costituire doti o fare assegnamenti ai figli, una volta che abbia già provvisto a tenore dell'Art. 138 (203 del Cod. francese) al loro mantenimento, educazione ed istruzione. (Noto di passaggio che la opinione del Laurent è stata accolta dalla Cassazione di Roma, la quale ne ha tratto questo importante corollario, che dunque la promessa di un assegno per matrimonio fatta dal genitore alla figlia non costituisce donazione, come sarebbe se l' obbligo di dotare fosse semplicemente morale, e che quindi è efficace anche se fatta per privata scrittura, anzichè per atto pubblico (1)).

Altro esempio pratico di molta importanza lo si desume dall'Art. 1830, nel quale il De Crescenzio, che pure è molto

---

(1) Sent. 15 Novembre 1883 in causa Pierfelici *utrinque (Fôro ital.*, 1884, I, pag. 134). Contro il criterio del Laurent veggasi pure Crome, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts* (Mannheim, Bensheimer 1894), § 3, pag. 19-20, nota 21, il quale giustamente rileva che il diniego di azione in un dato caso può derivare p. es. da *turpitudo*.

parco nel configurare casi di obbligazione naturale, ne ravvisa uno (1). Permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo (Art. 1829), l' Art. 1830 dichiara: « Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta non può ripeterli nè imputarli al capitale ». Orbene, in questo caso, sol perchè la legge ha parlato accordando la *soluti retentio*, il De Crescenzio ed altri con lui (2) ravvisano senz' altro un' obbligazione naturale. A ciò io non so adattarmi. È quella una disposizione tutt'altro che plausibile, della quale non è ora il caso di indagare la ragione e l'origine. Ma quello che mi par sicuro è ch'essa non può rappresentare un caso di obbligazione naturale, perchè riguardo agli interessi pagati mentre non erano convenuti, o per quel tanto che si pagò oltre la misura convenuta, non si ha certo un rapporto precostituito, sì da doversi dire che, ciò facendo, il mutuatario ha reso omaggio al principio del *suum cuique tribuere*. Una delle ipotesi che fa l'articolo è che siano pagati interessi oltre il tasso pattuito. Orbene, poichè da noi non c'è limite nel tasso degli interessi, potrà avvenire che il mutuatario li dia al mutuante in misura usuraria, e tuttavia non li potrà ripetere da lui. Ebbene, come dire che, ciò dipende dal fatto ch' egli ha adempiuta così un' obbligazione naturale? Che concetto di obbligazione naturale è mai questo, che, lungi dal fondarsi sul *suum cuique tribuere*, troverebbe la sua ragione nell' ingordigia di un usuraio, cui la legge permette di trattenere, per quanto elevati, gli interessi eccedenti la misura convenuta? (3).

Ecco dunque provato con due esempi come non basti il vedere da un testo preciso di legge negata l' azione, ovvero concessa in un dato caso la *soluti retentio* per doversi concludere all' esistenza di obbligazioni naturali, potendo ciò dipendere da altre, più o meno plausibili, ragioni. È, lo ripeto, scrutando l' intima natura del rapporto, più che con l' avere

---

(1) *Op. cit.*, n. 104, pag. 133-134.

(2) Così per esempio il Simoncelli, *loc. cit.*

(3) Cfr. il citato mio articolo *Sulla interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, nel *Monitore dei Tribunali* del 1890, pag. 816.

riguardo alle parole del legislatore, e però anche se esso legislatore non gli abbia esplicitamente attribuito l'effetto delle obbligazioni naturali, è con questo criterio intrinseco che si dovrà decidere se questa figura giuridica ricorra.

Quanto poi alla essenza delle obbligazioni naturali, il divario fra il Laurent e il De Crescenzio è profondo. Il punto d'arrivo è lo stesso, aversi cioè l'obbligazione naturale quando in un caso determinato la legge nega l'azione ad un rapporto che presenterebbe del resto l'aspetto di una vera obbligazione, ma è ben diverso il punto da cui rispettivamente essi muovono. Per il De Crescenzio, lo vedemmo, non si ha in quel rapporto che la parvenza di un'obbligazione, e quindi un solo rapporto di fatto, onde l'opera del legislatore si esplica nell'annettere pure un qualche effetto giuridico a codesta condizione di fatto, la quale di effetti giuridici sarebbe di per sè improduttiva. Il Laurent ci ravvisa invece un'obbligazione giuridica, un *vinculum iuris* vero e proprio, onde l'opera del legislatore si esplica nel togliergli l'azione che altrimenti gli sarebbe stata propria. È opera dunque di attribuzione per il primo, di soppressione di effetti giuridici per l'altro. Ora io non esito qui ad accogliere il concetto del Laurent, deplorando soltanto ch'egli non vi sia rimasto fedele in tutte le sue logiche conseguenze, come vedremo. E lo accolgo per la seguente considerazione. Dato per un momento, ciò che da molti si sostiene (lo si vedrà fra poco), che la irrepetibilità di ciò che si è volontariamente pagato sia l'unico effetto inerente a questa figura giuridica, il linguaggio che avrebbe dovuto tenere il legislatore se voleva conservare, come ha fatto, questa espressione e questo concetto di obbligazione naturale, era il seguente: E obbligazione naturale quella che produce tale effetto. Invece egli vi accenna nell'Art. 1237 (1235 Cod. fr.) là dove tratta del pagamento in genere, e pagamento presuppone obbligazione ch'esso è diretto ad estinguere. Ivi é detto che la irrepetibilità di ciò che si è volontariamente pagato si riscontra **nella** obbligazione naturale. Segno dunque che quest'ente obbligazione naturale si era già presentato alla mente del legislatore come avente una vita propria nel regno delle giuridiche entità prima che di questo suo essenzialissimo effetto egli si facesse a discorrere (1). Se così non fosse avrebbe ragione il Giorgi, il quale prende in parola gli autori che nel pagamento irretrattabile ravvisano il solo criterio distintivo dell'obbligazione naturale, ed argomenta che allora saremmo di fronte ad un'obbligazione che dal pagamento riceve giuridica esistenza. Ma il pagamento, egli esclama, estingue e non crea la obbligazione. Che strano ente giuridico è mai il vostro, il quale prende vita mentre diventa cadavere, non spiega efficacia se non perde sussistenza? (2).

---

(1) Cfr. il citato mio articolo nel *Monitore dei Tribunali* del 1890 a pag. 815-816.

(2) Giorgi, *Op. e Vol. cit.* n. 39, pag. 41.

26. Ed ora veniamo agli *effetti dell'obbligazione naturale.* Uno di questi effetti è da tutti ammesso, nè potrebb' essere altrimenti, perchè è la legge che lo sancisce, alludo alla *soluti retentio.* Senonchè pare un destino che in questa materia la concordia delle opinioni sia di breve durata. Ecco infatti risorgere il dissidio sull' interpretazione dell'Art. 1237 (1235 Cod. fr.) e precisamente, come altra volta ho accennato, circa l' interpretazione da darsi a quell' avverbio *volontariamente* che vi figura. Mentre cioè taluno lo prende come sinonimo di *liberamente, senza coazione* (1), altri lo dicono sinonimo di scientemente (2). Confesso di avere a lungo esitato fra i due partiti, ma alla fine mi è parso preferibile il secondo per le seguenti considerazioni: *a)* Sarebbe stato inutile che la legge ponesse questa parola, se con essa avesse voluto indicare che chi paga deve farlo *sponte* e non perchè soffra violenza o sia vittima del dolo, sapendosi già che violenza e dolo sono cause di annullamento degli atti giuridici in generale; *b)* Se manca la *volontà* quando chi paga lo fa per dolo o violenza, essa è tuttavia fortemente viziata, e quasi si può dire che manchi, anche quand'egli sia vittima del proprio errore, giusta i noti aforismi « *Non videtur qui errat consentire, Errantis nulla voluntas* ». Potrà proprio dirsi che agisca *sponte* chi va a pagare non per solo ed intimo impulso dell'animo, ma perchè crede il pagamento coercibile, perchè cioè teme a torto di potervi essere giudizialmente astretto? *c)* Rafforza questa opinione ciò che trovasi scritto in Domat, l' altro ispiratore, dopo il Pothier, dei compilatori del Codice francese, nonchè nei lavori preparatorî del Codice stesso. Per verità noi in

---

(1) Così, p. es., il Giorgi *Op. e Vol.* cit. n. 45-48 pag. 49-52 e il De Massol, *Op. cit.*, pag. 230 - 232. Non è dunque un' opinione questa esclusivamente propria di coloro che negano l' esistenza delle obbligazioni naturali, delle quali il De Massol è fin troppo cieco sostenitore, considerandole nel Diritto moderno tali e quali come nel Diritto romano.

(2) È l'opinione che mi sembra prevalente. Cfr. i tanti citati dal Giorgi *Op. e Vol. cit.*, n. 38, pag. 39-40, ai quali aggiungasi, fra i nostri, De Pirro, *Teoria della ripetizione dell' indebito* (Città di Castello, Lapi 1892), pag. 100 e segg. e Lomonaco, *Delle obbligazioni ecc.* Vol. II (nel citato Commento del Fiore, Napoli, Marghieri 1890) n. 112, pag. 26-27.

altro incontro, e precisamente quanto al concetto e fondamento dell' obbligazione naturale, a precedenti simili non abbiamo dato peso, ma questo perchè? Perchè potemmo dimostrare l'errore a cui ci menavano, ed è regola certa che il pensiero degli ispiratori e dei compilatori di un Codice, manifestati nei lavori preparatori, non vincolano l' interprete così da prevalere alla legge e a quello che ne è il naturale significato, la razionale, e non contradditoria od assurda interpretazione. Ma quando simili precedenti vengono a sostegno di un' opinione per altri argomenti accettabile, costituiscono certamente un non ispregevole sussidio. Or ecco ciò che si legge in Domat: « Les débiteurs qui acquittent volontairement des dettes qu'ils auraient pu faire annuller en justice, mais que l'équité naturelle rendait légitimes, ne peut revenir *contre cette approbation* » (1). Dove si allude, come da una nota ivi apposta risulta, alle obbligazioni naturali. Ora *approvazione* suppone conoscenza di causa. Ebbene l' identico concetto, che non si possa ripetere il pagato, inquanto esso rappresenta l' approvazione volontaria di un riconosciuto dovere, o in altre parole, la deliberata rinunzia a valersi del soccorso della legge civile, che permetterebbe di non pagare, risulta limpidissimo dai lavori preparatori del Codice francese (2).

Senonchè fra le obbiezioni che gli avversari ci muovono una ve n' ha in apparenza assai grave, e che non possiamo passare sotto silenzio. Si pongono cioè a raffronto il nostro Art. 1237 (1235 Cod. fr.) e l'Art. 1146 (1377 Cod. fr.) relativo alla ripetizione dell' indebito. Leggesi in quest'Articolo: « Chi per errore si credeva debitore quando abbia pagato il debito ha il diritto della ripetizione contro il creditore ». Dunque l' errore è *sempre* elemento necessario per potersi ripetere ciò che indebitamente si è pagato, e quindi non si può *mai* chiedere di ritorno quanto si è pagato sapendo di non esservi obbligati. Se così è, che significato avrebbe l' Art. 1237, dato che esso affermasse la irrepetibilità di ciò che si è pagato per un' obbligazione naturale *solo se* lo si pagò scientemente?

---

(1) Domat, *Les lois civiles*, Vol. I (Paris, 1777), Liv. II, Tit. VII, Sect. I, n. 11.
(2) Cfr. Fenet, XIII, pag. 264.

Allora in questa irrepetibilità, esplicitamente ivi dichiarata, non si avrebbe nulla di caratteristico, di tutto proprio alle obbligazioni naturali, perchè, ripetiamo, anche quando manca questo sostrato di un' obbligazione naturale, anche quando non c'è obbligazione di sorta, non si può per l'Art. 1146 ripetere ciò che si è pagato scientemente. Se si vuole dunque che l'Art. 1237 (1235 Cod. fr.) mantenga una propria ragione d'essere, un significato suo proprio accanto alla regola generale dell'Art. 1146 (1377 Cod. fr.) bisogna necessariamente supporre che questa presenza dell' obbligazione naturale porti ad una maggior latitudine di effetti in confronto ai casi ordinarî di ripetizione d'indebito, e questa maggior latitudine la si ha appunto quando si intenda che allora non si può più ripetere anche se si pagò per errore, com'era precisamente in Diritto romano. Ma a ciò si risponde che la differenza può non consistere nella quantità dei casi in cui la ripetizione è negata, che cioè quando non c'è nemmeno un' obbligazione naturale si neghi la ripetizione *solo* se si fece la prestazione scientemente, e quando invece preesisteva obbligazione naturale la si neghi *per di più* anche se la prestazione si fece per errore. Dato pure che questa *quantità* di casi, per continuare a così esprimermi, sia l' identica qua e là, vi ha pur sempre una differenza concernente la *qualifica* giuridica che la *soluti retentio* riveste nelle due diverse ipotesi, perchè mentre, sussistendo il sostrato di un'obbligazione naturale, è un pagamento vero e proprio la prestazione fatta scientemente, sarà invece *normalmente* atto di liberalità, quando non ci sia nemmeno quel sostrato: « Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est » (1).

(Sono pure notevoli le acute osservazioni del Pescatore per tentar di conciliare i due articoli, pur interpretando il *volontariamente* dell'Art. 1237 come sinonimo di *scientemente* (2). Non è vero, egli dice, in modo costante che la scienza dell'indebito assoluto ne inibisca sempre la ripetizione, siccome avviene senza eccezione quando si paga un debito

---

(1) L. 53 D. de reg. iur. 50, 17 di Paolo.

(2) Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. I (Torino, Bocca 1874), pag. 253.

naturale (naturalmente indebito) scientemente. Può avvenire che un indebito assoluto sia stato scientemente pagato per non compromettere intanto maggiormente il proprio credito già vacillante per altre cause, ovvero anche per sottrarsi a momentanee pressioni, a ingiuste molestie per parte di terzi parenti (fossero pure vanamente temute), ovvero infine per rimuovere in un caso d'urgenza un ingiusto rifiuto di chi tenta abusare delle circostanze, nel qual caso la stessa giurisprudenza romana apprestava un'apposita azione (*condictio ob iniustam causam*): in una parola, data la forma di un pagamento e verificatosi un indebito assoluto, emerge la questione di fatto se la dazione si risolva intenzionalmente in una donazione, in una transazione od anche sia un abbandono assoluto per evitare una lite. Escluso dalle circostanze l'animo di donare o di transigere, escluso dall'evidenza dell'indebito ogni timore di lite, non rimane altro titolo di ritenzione che il pagamento: ora la legge dichiara con ragione e con formula assoluta che ogni pagamento suppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto (mancando ogni titolo civile o naturale di ritenzione) è ripetibile (Cod. civ., Artic. 1237),...., dunque non è vero che, trattandosi di indebito assoluto, di assoluta inesistenza di debito, la sola scienza inibisca in tutti i casi la ripetizione, ed è già per questo rispetto giustificata l'antitesi che pone la legge fra l'indebito assoluto e l'indebito puramente civile. Resterebbe dunque già escluso con questa spiegazione del PESCATORE che la *quantità di casi* cui si riferiscono i due articoli più volte citati sia la stessa. Poi il PESCATORE soggiunge che, supposto pure che nelle speciali condizioni di fatto si riscontri applicabile il principio « cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est », vi ha differenza per i diversi requisiti di forma se non si tratti di dazione di cose suscettibili di donazioni manuali (1).

Anche il FADDA combatte il principio « cuius per errorem dati, ecc. » che suolsi dare come assoluto. Infatti, egli dice (2), se alcuno dia cosa che non deve e sa di non dovere, bensì con l'intenzione di ripetere quanto ha dato (fr. 50 de cond. indeb. 12, 6) certo non può dirsi abbia avuto *animus donandi* e che quindi siavi *donatio*, e nullameno *solutum repetere non potest*. Tale è pure il caso di chi, sapendo di dovere *aurum*, paga scientemente *aes:* egli non ha ottemperato al suo obbligo, non ha donato e tuttavia non può ripetere (fr. 50 de solut. 46, 3). E così in altri esempi, per cui il FADDA rinvia al VOIGT (*Ueber die condictiones ob causam*, pag. 580), autore il quale pertanto nota che il passo di PAOLO (cuius per errorem ecc.) non può essere inteso se non come ragione di decidere in un caso speciale. Ecco del resto perchè anch'io sopra ho dato come *normale*, e non assoluto, il principio contenuto in quell'aforisma.

---

(1) *Op. e Vol. cit.*, pag. 254-255.

(2) Cit. memoria nell'*Archivio giuridico*, Vol. XXXVI, pag. 228.

Su questa affatto relativa portata della massima che il pagamento sciente di indebito sia senz'altro donazione può ora consultarsi anche il recentissimo libro sulle donazioni del Prof. Ascoli (1). — Va poi notata la singolare interpretazione che dà quest'ultimo autore alla parola *volontariamente* dell'Art. 1237. Egli scrive: « La questione sul significato della parola *volontariamente* a me sembra una questione gonfiata. Non si vuole ammettere dai più che quella parola significhi senza violenza nè dolo, perchè, si dice, la revocabilità di un qualsiasi atto viziato di violenza o dolo è già sancita negli Art. 1111, 1115, e non c'era alcuna ragione di ripeterla nell'Art. 1237. Questo non mi pare, a dir vero, un argomento decisivo; ma io non so perchè non potrebbe anche ammettersi che *volontariamente* non volesse dir nulla di speciale, nè indicare alcun requisito particolare, ma solo accennare, com'è molto naturale, al fatto che, trattandosi di obbligazioni naturali, il pagamento non può avvenire mai imposto da sentenza. Normalmente accade a chiunque di noi di dire, se dobbiamo spiegare che cos'è un'obbligazione naturale, ch'essa è un'obbligazione, il cui pagamento non si può esigere in giudizio, ma che, se il debitore paga volontariamente, paga bene. *Volontariamente* non significa in questa frase che il contrapposto di coattivamente, per sentenza, nè so perchè un significato diverso debba avere la parola nell'Art. 1237 (2) ». Obbietto, a tacere degli altri argomenti che stanno a favore della interpretazione comune e che l'Ascoli non considera, obbietto, diceva, che l'avverbio in questione rappresenterebbe *per lo meno* un pleonasmo se si accogliesse la interpretazione da lui data. Contro di che, oltre alla presunzione generale che il legislatore non adoperi parole superflue, starebbe il fatto del ricomparire altrove in casi analoghi o addirittura identici l'avverbio medesimo o la qualifica di volontario data ad un atto (Cfr. Art. 1279, 1300, 1° e 2° capov., 1804). Sarebbe mai possibile che simili espressioni ricorressero così frequenti se non avessero un proprio speciale significato nella subbietta materia? Ma ho detto che la parola volontariamente costituirebbe *per lo meno* un pleonasmo nell'interpretazione che sto combattendo. Infatti peggio che di una inutilità il legislatore sarebbe imputabile di una inesattezza. Superfluo, come si è visto, ma non ancora inesatto sarebbe il dire che non si può ripetere il pagamento fatto senza dolo o violenza, chè si può pur supporre il contrario, cioè è possibile l'ipotesi di obbligazione naturale adempiuta per effetto di violenza o di dolo; ma invece obbligazione naturale che si adempia per virtù di sentenza è un *quid* impossibile, e quindi scorretta sarebbe la locuzione del legislatore se con essa si fosse voluto affermare che il pagamento dell'obbligazione naturale è irrepetibile *quando* siasi fatto *senza che una sentenza la imponga*.

---

(1) Ascoli, *Trattato delle donazioni* (Firenze, Cammelli 1898), pag. 98 e segg.

(2) *Op. cit.*, pag. 113-114, nota 3.

Ho richiamato poco fa l'Art. 1311, come altro di quelli in cui è adoperato l'avverbio volontariamente. Ora taluno potrebbe osservare ch'esso verrebbe in appoggio all'interpretazione da noi combattuta, perchè altrimenti vi si avrebbe una tautologia, parlando ivi di esecuzione volontaria del contratto viziato per parte di chi conosceva il vizio. Senonchè è pur sempre ammissibile l'ipotesi di persona che è conscia del vizio e si crede tuttavia obbligata.

Ma oltre alla *soluti retentio*, da interpretarsi nel senso fin qui discorso, può l'obbligazione naturale produrre altri effetti? Anche su di ciò la discordia delle opinioni è immensa; si va da un estremo all'altro con tutte le possibili combinazioni intermedie. Senza entrare in soverchi dettagli, dirò che quegli autori che non ammettono nessun altro effetto invocano il testo della legge e i lavori preparatori del Codice francese, oltre all'opinione manifestata già prima dal Pothier. Il testo di legge, poichè dicono, è la *soluti retentio* il solo effetto dal Codice divisato nell'Art. 1237 (1235 Cod. fr.) onde sarebbe arbitrario per parte dell'interprete l'aggiungervene degli altri. Il Pothier, poichè egli infatti nel suo trattato sulle obbligazioni lasciò scritto: « Le seul effet de nos obligations purement naturelles, est que lorsque le débiteur a payé volontairement, le paiement est valable et n'est pas sujet à répétition parce qu'il a eu un juste sujet de payer, savoir celui de décharger sa conscience » (1). I lavori preparatori del Codice francese: ecco infatti com'ebbe ad esprimersi su questo proposito l'oratore del Governo, il Bigot-Préameneu: « L'obligation naturelle ne devenant un lien civil que par induction tirée du payement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé. Mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les autres effets que lui donnait la loi romaine par suite de cette distinction que nous n'avons point admise entre les pactes et les contrats » (2).

---

(1) Pothier. *Op. cit.*, n. 195, pag. 51.

(2) Fenet, XIII, pag. 264. Cfr. Laurent, *Op. cit.*, Vol. XVII n. 23, pag. 39.

Io non accetto tale opinione. E per cominciare dal primo degli addotti argomenti dirò che male può desso invocarsi da autori che non seguano la singolare teoria del De Crescenzio, onde stupisce il vedere in questo novero p. es. il Laurent, quantunque egli stesso poi (1) sembri proclive ad ammettere un altro effetto, la conferma dell' obbligazione naturale. Infatti comprendo che il De Crescenzio, il quale non ravvisa nei casi di obbligazioni naturali che dei rapporti, delle condizioni di puro fatto, per sè incapaci di produrre effetti giuridici, limiti questi effetti rigorosamente a quel tanto che vede scritto nella legge, ma questa restrizione non la capisco in chi, al pari di noi, ravvisa nella obbligazione naturale in sè e per sè un vero vincolo giuridico, solo sprovvisto di azione. Dato simile concetto, la conseguenza logica da trarne è questa, che saranno compatibili con l' obbligazione naturale tutti gli effetti delle obbligazioni, i quali non si risolvano in una coercizione del debitore al pagamento, ch' è il solo effetto che manca per la mancanza dell' azione. Quindi, per esempio, un effetto che dovremo per tali riflessi negare, e che pure era ammesso in Diritto romano, è quello della compensazione. Questa infatti opera *ipso iure*, anche contro volontà, persino all' insaputa del creditore che si trova di fronte ad un creditore suo proprio; ecco dunque come, per quanto la compensazione si risolva in un pagamento, non possa qui applicarsi, perchè sarebbe un pagamento procedente dalla legge e non dalla volontà cosciente del debitore, quale si richiede trattandosi di obbligazione naturale. Aggiungasi che uno dei requisiti espressamente voluti dal Codice per la compensazione, come si vedrà a suo tempo, è che i due crediti che stanno di fronte siano *esigibili:* ora ciò non si può dire del credito naturale, non esigibile perchè sprovveduto di azione. Ma altri effetti, per es. la conferma risultante da un riconoscimento spontaneo, debbono potersi ammettere: solo vi si potrà far eccezione, giusta un' opinione molto accreditata, trattandosi di obbligazione dichiarata dal legislatore naturale per una

(1) n. 31.

ragione di ordine pubblico, cioè per lo sfavore della causa che la determina, es. il debito di giuoco.

Quant' è poi all' altro argomento desunto dal Pothier e dai lavori preparatori del Codice francese, non credo possa avere gran peso, visto che abbiamo pure dovuto dipartircene sul punto fondamentale relativo al concetto dell' obbligazione naturale in Diritto moderno. E del resto le parole stesse del Bigot-Préameneu riaccentuano un' idea erronea che dominò il Pothier e i compilatori del Codice francese, che cioè il concetto romano della obbligazione naturale, colle conseguenze giuridiche che quel Diritto vi annetteva, dipendesse dalla formalistica distinzione, oggidì tramontata, fra patti e contratti, mentre vedemmo che in molti altri casi il Diritto romano ravvisava, e per ragioni ben diverse, delle obbligazioni naturali e che anzi quello connesso alla predetta distinzione è in oggi dai romanisti vivamente discusso e combattuto.

§ 1.

Casi di obbligazione naturale nel Diritto vigente

SOMMARIO

28. Se sia rimesso al prudente arbitrio del giudice decidere quando ci sia obbligazione naturale. Casi dubbi presso di noi, esplicitamente contemplati da legislazioni estere. — **29.** Obbligazioni originariamente naturali, ed obbligazioni naturali che sopravvivono all' estinzione di obbligazioni civili. — **30.** Transizione al Capitolo secondo.

28. Con la massima concisione diremo dei casi di obbligazione naturale nel nostro Diritto. La indeterminatezza del Codice, sia francese, sia nostro, ha fatto sorgere, fra altre, una teoria che sostiene essere rimesso al prudente arbitrio del giudice il decidere di caso in caso se si presenti una obbligazione naturale, e tale questione, perchè di fatto, non potersi

dedurre in Cassazione (1). Ciò è errato, perchè la definizione del carattere giuridico di un atto o di un rapporto qualsiasi è questione di diritto: il decidere se esiste o no l'atto o il rapporto invocato è elemento di fatto, che sfugge al giudizio della Corte suprema, non così il decidere, quello accertato, come lo si debba giuridicamente trattare. Quello ch'è certo e di tutta evidenza si è che il numero delle obbligazioni naturali sarà oggidì minore che non fosse in Diritto romano, essendo cessate molte delle cause e circostanze speciali che ne determinarono il sorgere in allora. È poi notevole che molti dei casi presso di noi discussi sono contemplati invece da talune legislazioni straniere pure fra quelle che non fanno parola esplicitamente di obbligazioni naturali, e ciò per sancire la *soluti retentio*. È così, a proposito del pagamento di un debito prescritto, giusta l'Art. 72 capov. del *Codice federale svizzero delle obbligazioni* (2) e così pure secondo il *Codice sassone* (3) e il recente *Codice civile germanico* (4). Tale caso della prescrizione compiuta ed altri con esso trovansi pure contemplati nel *Codice austriaco*, dove, stabilita al § 1431 la ripetizione dell' indebito, il successivo dichiara « Non potrà tuttavia ripetersi ciò che sarà stato pagato per un debito estinto in forza della prescrizione, o invalido soltanto per difetto di formalità, o per esigere il quale la legge non nega che il diritto di promuovere l'azione », del quale ultimo caso porgono anche in Diritto austriaco esplicito esempio (§§ 1271 e 1272) i debiti di giuoco e di scommessa.

---

(1) Decisioni in questo senso trovansi indicate in *Pandectes françaises* dei Sigg. Weiss e Frennelet, v.° *Obligations*, Vol. I (Paris, Chevalier Maresq 1893), n. 42, pag. 17. Il Crome, *Op. cit.*, § 5, pag. 19 nota 20, chiama addirittura *mostruosa* siffatta conclusione.

(2) Art. 72 capov. « Non si può ripetere ciò che fu dato in pagamento di un debito prescritto ecc. ».

(3) § 1522 « Wer eine verjährte Forderung erfüllt, kann das Geleistete nicht zurückfordern ».

(4) § 222 « Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden auch wenn die Leistung in Unkenntniss der Verjährung bewirkt worden ist ».

29. Non è mio intendimento di addentrarmi nell' esame dei singoli casi controversi nella nostra dottrina e giurisprudenza, tanto più che di alcuno di essi ci verrà più a proposito l' occasione di toccare nel processo del nostro Trattato. Dirò di qualcuno soltanto, ricordando anzitutto che anche in Diritto moderno, come già per Diritto romano, si devono fare due grandi classi :

1) casi in cui sino *ab origine* si ha un' obbligazione *naturalis tantum,* e qui mi basterà ricordare il più volte ripetuto esempio del giuoco e della scommessa, quantunque per verità sianvi autori che non vi ravvisano un' obbligazione naturale, il che parmi strano dal momento che si ha un rapporto contrattuale precostituito, carenza di azione e *soluti retentio.*

2) Casi in cui l' obbligazione, di civile che era, rimane semplicemente naturale *sublata actione.* Qui mi limiterò a ricordare i casi, che sono fra gli ammessi dal Pothier (1) e nei lavori preparatorî del Codice francese (2), del debito prescritto e della obbligazione che come naturale sopravvive alla cosa giudicata ed al giuramento decisorio.

Debito prescritto: Giova anzitutto precisar bene il caso. Compiuta la prescrizione, essa non opera *ipso iure,* bisogna che il debitore, che per effetto di essa si troverebbe liberato, se ne valga opponendola alla domanda di pagamento. Che alla prescrizione compiuta si possa rinunciare lo ammette implicitamente l'Art. 2107, che ne vieta solo l' antecipata rinunzia, e l'Art. 2109 poi c' insegna che il giudice non può supplire d' uffizio alla prescrizione non opposta. Orbene, se il debitore che potrebbe opporre la prescrizione vi rinunzia e paga, egli adempie un'obbligazione civile, perchè questa sarebbe cessata solo dopochè egli si fosse valso di tale eccezione. L'ipotesi nostra invece è che egli la abbia fatta valere, e si ricerca se cionullostante il debito come naturale perduri. Il debitore sa che il debito prescritto non era stato in realtà soddisfatto, lo assale il pentimento di

---

(1) Pothier, *Op. cit.* n. 196 pag. 51.

(2) Fenet, *loc. cit.*

essersi valso di questo rimedio, ch'è pura creazione della legge positiva, per farsi assolvere, e va a pagare il creditore. Si dirà ch'egli adempia allora un puro dovere morale, nel qual caso compirebbe una donazione, o non piuttosto ch'egli soddisfi una vera obbligazione naturale? Ecco la questione. Noi la vedemmo agitata già fra' romanisti: trattandone ora in Diritto moderno, non abbiamo che da applicare i principi fondamentali già esposti sul concetto e sui caratteri dell'obbligazione naturale per risolverla affermativamente. C'è un rapporto precostituito, che per una causa ch'è mera creazione del Diritto positivo nell'interesse sociale (non eternare cioè le liti) non può più produrre l'effetto civile dell'azione, ma intanto ne va di mezzo il principio di giustizia del *suum cuique tribuere*. Tanto basta dunque per concludere che trattasi di obbligazione naturale. E val ben poco l'opporre in contrario la lettera della legge, precisamente dell'Art. 1236, che pone la prescrizione fra le cause onde *si estinguono* le obbligazioni e dell'Art. 2105 che in termini altrettanto assoluti e generici la dice un mezzo onde taluno è liberato da un'obbligazione. La legge ivi, come in generale sempre ove parla di obbligazioni allude alle obbligazioni civili perfette, e non alle naturali che sono una categoria eccezionale. Sta inoltre che, se proprio si dà peso alla lettera, due testi li abbiamo da invocare anche noi, e sono gli Art. 2135, 2138, ove ciò che si dichiara prescriversi in trent'anni o in periodo più breve non è già l'obbligazione, ma l'azione, con la quale pertanto cadrà l'efficacia civile, ma non anche l'elemento naturale del credito (1).

Per ragioni analoghe credo perduri l'obbligazione in qualità di naturale quando sia intervenuta sentenza definitiva di *assoluzione del debitore non giusta o motivata soltanto da*

---

(1) Cfr. Vitt. cit. *Comment. sistem. del Cod. di pr. civ.*, I. n. 88, pag. 90. **Contra**, fra tanti, De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 116, pag. 148-149, Pugliese, *Della prescrizione, Prescrizione estintiva* (Torino, Unione 1892), n. 156 *bis*, pag. 253-255, ma questi perchè segue sulle obbligazioni naturali la teoria del Giorgi. Veggansi pure gli altri citati dal Pugliese.

difetto di prova. Se allora il debitore, che pure avrebbe per sè l'autorità della cosa giudicata, paga il debito che in realtà sussisteva, non fa che attribuire il suo all'altra parte, in base ad un rapporto precostituito fra loro, e quindi adempie una obbligazione naturale.

Dicasi finalmente la stessa cosa nel caso in cui, essendo stato deferito al debitore il *giuramento decisorio*, egli abbia giurato, ma giurato il *falso*. Lo spergiuro è colpito dalla legge penale (Art. 221 del Cod. penale vigente); ma quant'è alla causa civile definita in base al giuramento non c'è oramai più rimedio. Dice l'Art. 1370 « Se fu prestato il giuramento deferito o riferito, non si ammette l'altra parte a provarne la falsità ». (Solo si discute se, incoandosi il processo penale, la parte, a cui danno il giuramento fu prestato, abbia l'azion civile pel risarcimento dei danni, che ad ogni modo potrà non condurre allo stesso risultato che si avrebbe se il giuramento cadesse anche in via civile, non procurando p. e. il ricupero di quella tal *res individua*, di cui nella causa trattavasi. Ebbene, chi vorrà dire che, se lo spergiuro soddisfa poi l'obbligazione, cui era riuscito a sottrarsi col falso giuramento, adempia un semplice dovere morale, sicchè il suo non sia che un atto di liberalità, e non invece che trattisi dell'adempimento di una vera e propria obbligazione giuridica, sia pure naturale soltanto? (1).

A proposito dei tre casi or ora esaminati fu detto da taluno che siamo costretti a fare delle ipotesi addirittura inverosimili, a suppore, per esempio, un debitore dapprincipio insensibile al dovere sino al punto di opporre la prescrizione o giurare il falso pur di farsi assolvere dal debito civile, che poi gli sopravvenga il pentimento e paghi e che più tardi getti un'altra volta da un canto gli scrupoli e ridomandi ciò che ha pagato, nel qual caso gli si opporrà, si dice, la *soluti retentio* ch'è la caratteristica dell'obbligazione naturale. « Un caso simile » scrive il Giorgi « non si è mai dato e non succederà mai, ma se avvenisse davvero, il povero giudice non si saprebbe raccapezzare; e non trovando nelle alternative del sì e del no di quel bell'umore nè morale, nè coscienza, nè

---

(1) Anche su questi due punti della cosa giudicata e del giuramento ci assiste l'autorità del Viti, *Op. e Vol. cit.*, n. 77-87, pag. 84-98.

cervello, lo manderebbe all' ospedale dei matti » (1). Rispondiamo che, anche a voler tener ferma l' ipotesi del GIORGI, l' inverosimiglianza scomparirebbe subito che si figurasse che questa ripetizione di ciò che fu pagato fosse accampata non dallo stesso debitore, ma da suoi eredi. Ma posta il fatto che non è, giusta la nostra teoria, nel divieto di ripetere il pagato scientemente che risiede l' effetto caratteristico dell' obbligazione naturale, questo essendo normalmente un principio generico anche quando non c' è obbligazione di sorta perchè la *repetitio indebiti* presuppone di regola l' errore in chi paga: quell' effetto si palesa piuttosto nel carattere che la prestazione non ripetibile riveste, carattere di vero pagamento e non di donazione. Ond'è su questo punto che la questione potrebbe farsi, p. es. dai creditori che vogliano coll' azione *pauliana* impugnare il pagamento fatto dal loro debitore oramai civilmente disobbligo per effetto della prescrizione già da lui fatta valere, o della cosa giudicata o del giuramento prestato. È evidente in tal caso l' interesse per parte loro di far considerare l' atto del debitore come donazione anzichè come pagamento di un debito naturale, poichè nel primo e non nel secondo caso sarebbero esonerati dal provare la *conscientia fraudis* da parte dell' *accipiens*, e ciò giusta le norme sulla *pauliana*, che verranno a suo luogo illustrate.

30. Tanto sulle obbligazioni naturali. Di altre figure giuridiche da cui le si devono distinguere, come sarebbero le obbligazioni civili annullabili, ci verrà fatto di parlare altrove, p. e. nel discorrere delle cause di estinzione delle obbligazioni, fra le quali figurano appunto (Art. 1236) l' annullamento e la rescissione.

Esaminato così il primo elemento racchiuso nel concetto di obbligazione, cioè il vincolo patrimoniale giuridico, passiamo agli altri. Viene ora il discorso intorno ai *subbietti* dell' obbligazione.

---

(1) GIORGI, nella citata nota a sentenza 24 Febbraio 1891 della Cassazione di Roma, in *Fòro italiano*, Anno XVI, parte I, col. 426-427.

Capitolo II

I SUBBIETTI DELL' OBBLIGAZIONE

SOMMARIO

31. Già sappiamo che, a differenza dei diritti reali dove s' incontra un subbietto solo, il titolare del diritto, nell' obbligazione abbiamo due parti, creditore e debitore. Le persone del creditore e del debitore devono essere determinate, o almeno determinabili in modo certo. Facciamo questa aggiunta, perchè realmente talora non si può precisare subito o l' una o l' altra di dette persone, dipendendo ciò da una od altra circostanza ben determinata. Il che sarà più frequente nei riguardi del creditore che del debitore. Quanto al debitore potremmo ricordare i casi già altrove discorsi delle obbligazioni reali e degli oneri reali, che con le obbligazioni vere e proprie hanno pur tanta attinenza. Quivi non si può dire a priori chi sarà l' obbligato ; se trattisi, p. es., di una servitù di passaggio con l' annesso obbligo nel proprietario del fondo serviente, a tenore del titolo costitutivo, di restaurare, ove occorra, la strada, l'obbligato sarà quella persona qualsiasi che si troverà proprietario del fondo stesso quando l'evento del restauro si presenterà.

Più numerosi saranno i casi nei riguardi del creditore.

Cominciamo a trarne l' esempio dalla materia delle successioni. Giusta l' Art. 830 « è nulla ogni disposizione fatta

a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata ». Dunque è invece valida la disposizione se la persona sia bensì incerta, ma determinabile in modo sicuro in dipendenza di uno od altro avvenimento. Simile disposizione può essere a titolo universale o a titolo particolare. In questo secondo caso, come se p. es. Tizio dicesse « Lascio il fondo *a* a chi sposerà mia figlia », abbiamo un'obbligazione di cui è noto subito il debitore, ch'è normalmente l'erede, gravato dalla prestazione dei legati, ignoto ancora il creditore. Un grado minore di indeterminatezza, ma indeterminatezza pur sempre, la si ha nel caso contemplato dall'Art. 834 capov. Il primo comma pone la regola che sia nulla ogni disposizione testamentaria fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo, e ciò perchè altrimenti il testamento non sarebbe più emanazione della volontà del testatore, ma la scelta dell'onorato sarebbe interamente dovuta alla volontà del terzo a cui la si fosse genericamente demandata. Ma il capoverso contiene appunto una deroga a tale regola statuendo « valida la disposizione a titolo particolare a favore di persone da scegliersi da un terzo fra più persone determinate dal testatore od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati: ed è pur valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno fra più corpi morali determinati parimenti dal testatore ». Tiene dunque, p. es., il legato di un fondo (non terrebbe invece l'istituzione di erede) a favore di quella fra le Opere pie di Padova che sarà per scegliere Caio, amico del testatore, non essendo in questo caso illimitato l'arbitrio di Caio, bensì coartata la scelta di lui fra gli enti dal testatore indicati. Ma ecco intanto anche qui (precisamente fino a che Caio abbia fatta la scelta) accertata subito la persona del debitore (chi deve pagare il legato, d'ordinario l'erede) e non ancora quella del creditore.

31 *bis*. — Altro caso assai notevole e frequente sarebbe dato dalle cosiddette *promesse per pubblici proclami* ove si accolga l'opinione di quelli che ritengono simili promesse per sè stesse obbligatorie. Avviene tuttogiorno di leggere pubblici avvisi, coi quali una persona promette una certa somma a chi gli riporterà un oggetto smarrito, ovvero un Corpo let-

terario o scientifico si obbliga a corrispondere un premio a chi farà una certa scoperta, o presenterà il miglior lavoro sopra un dato argomento, oppure è posta sul capo di un pericoloso delinquente una taglia, consistente in una somma promessa dall'autorità di polizia a chi la metterà sulle traccie di quel malfattore. In questi e simili casi certa sin dall'origine è la persona del promittente, quella del creditore invece si determinerà per via di quel dato fatto, di quella tal prestazione per la quale il premio è promesso. Ma ho detto che così si configura la cosa per quelli che ritengono simili promesse per sè stesse obbligatorie. Senonchè di fronte a questa teoria, che si connette per taluno a quella più generale del SIEGEL (1) e d'altri circa la validità di promesse unilaterali come fonti di obbligazione, mentre per altri costituirebbe una eccezione da accostarsi ai casi di *pollicitatio* del Diritto romano (2), ne sta un'altra che vorrei dire più classica, inquanto rimane ligia al principio fondamentale che vera e propria obbligazione non sorga da una semplice manifestazione unilaterale di volontà. Non si avrebbe più dunque nella promessa per pubblici proclami un'*obbligazione già assunta* sin dal mo-

---

(1) SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund* (Berlin, Vahlen 1873), su cui cfr. HOFMAN, *Die Entstehungsgründe der Obligation, insbes. der Vertrag mit Rücksicht auf Siegels Das Versprechen u. s. w.* (Wien, Manz 1874), nonchè WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations* (Paris, Giard 1891). Questa teoria in rapporto al tema di cui stiamo qui particolarmente occupandoci, è seguita fra noi dal LUCCI, *Delle promesse per pubblici proclami* (Napoli, De Angelis 1895), nonchè dal BRUSCHETTINI, *Trattato dei titoli al portatore* (Torino, Bocca 1898), n. 341, pag. 253-255. Sulla teoria generale del SIEGEL non è questo il momento di pronunciarsi: ne rinviamo l'esame a quando discorreremo delle fonti delle obbligazioni.

(2) Così p. es. opina l'OERTEL, *Die Lehre von der Auslobung* (Leipzig, von Veit 1895), § 8, specie a pag. 44-48. Alla monografia dell'OERTEL, molto perspicua in un tema che facilmente si presta a nebulose astrazioni, rimando altresì per il copiosissimo e bene utilizzato apparato bibliografico. Vi si troverà ricordata anche una terza teoria, rimasta oggidì a troppo giusta ragione senza seguaci, secondo la quale si avrebbe addirittura nella promessa per pubblici proclami un contratto, senza badare che, come nota il KUNTZE, un contratto con una *incerta persona* è nè più nè meno che una *contradictio in adiecto* (OERTEL, § 7, pag. 35).

mento della pubblicazione, obbligazione di cui è certo subito il debitore, incerto, ma accertabile in modo sicuro il creditore; si avrebbe invece una semplice *offerta di contratto* (donde il nome di *Vertragstheorie* in contrapposto alla prima detta *Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts*), offerta rivolta al pubblico o ad una classe di esso, ch'è come dire a persona indeterminata; onde l'obbligazione non sorgerebbe subito, ma solo quando l'offerta risulti accettata, e l'accettazione, che serve al tempo stesso ad accertare la persona del creditore, la si avrebbe nell'esecuzione di quel tale fatto per cui il premio fu promesso. Laonde chi segue questa seconda teoria non può più ricondurre il caso in esame sotto il tema di cui stiamo occupandoci, perchè non vi si avrebbe più un esempio di *obbligazione oramai esistente, tuttochè verso persona non determinata*, ma sicuramente determinabile.

La grande importanza pratica del vario modo di concepire la promessa per pubblici proclami (detta dai Tedeschi *Auslobung*) si manifesta specialmente nei riguardi della sua revocabilità. Infatti i seguaci della prima teoria, per cui la promessa è per sè stessa obbligatoria, devono ritenerla irretrattabile dal momento in cui fu pubblicata, benchè in verità non manchino anche fra loro quelli che, con molto dubbia coerenza, sostengono l'opposto (1). Invece regna tra i fautori della seconda teoria piena concordia nel trarne la natural conseguenza della revocabilità (purchè la revoca si faccia con la stessa pubblicità della promessa) fino a che il fatto contemplato nella promessa siasi da taluno compiuto (2). E solo si discute se ed entro quali limiti debba in tale ipotesi il promittente un indennizzo a chi avesse impiegato tempo ed incontrate spese e fatiche lavorando nella mira di conseguire il premio annunciato (3).

Questo argomento delle promesse per pubblici proclami, su cui sono muti il Codice austriaco, il Codice francese e quelli compilati sul suo stampo, com'è il nostro, trovasi disciplinato in alcuni Codici civili germanici. Così il *Landrecht* prussiano (I. Th., 11 Tit., § § 988-995 inclus.) permette a chiunque di stabilire pubbliche ricompense per lavori intellettuali utili od anche per imprese corporali d'interesse generale (§ 988) irretrattabili prima del decorso del tempo determinato (§ 989), e dà in proposito altre norme, come per esempio quella che la proprietà dei la-

---

(1) Cfr. in proposito Oertel, *Op. cit.*, § 11, pag. 69.
(2) Cfr. Oertel, *Op. cit.*, § 11, pag. 76, testo e note 1, 2, 3.
(3) Cfr. Oertel, *Op. cit.*, § 11, pag. 70 e segg.

vori presentati dai singoli concorrenti rimanga al loro autore (§ [illegible]). Il *Codice sassone* ne tratta al § 771, fissando sulla questione della revocabilità il principio affatto opposto a quello della legislazione prussiana. Eccone la traduzione: « Promesse unilaterali di un premio o di una mercede ad una indeterminata persona pel caso di una data prestazione, rese note in modo pubblico obbligano il promittente ove la prestazione sia seguita. Una tale promessa può essere revocata in un modo ugualmente pubblico sino a tanto che la relativa prestazione non sia seguita ». Finalmente nel recente *Codice civile germanico* questa materia è disciplinata ai §§ 657-661 inclusive. Sul punto della revoca ecco ciò che dispone il § 658, che traduco: « La promessa *(Auslobung)* può essere rivocata fino al compimento dell' impresa. La revoca è efficace solo se viene resa nota nella stessa forma della promessa, o se ha luogo mediante comunicazione speciale. Si può all'atto della promessa rinunciare alla revocabilità: in dubbio tale rinunzia è implicita nella fissazione di un termine per l'esecuzione dell' impresa ». I Motivi del Codice stesso si sforzano a conciliare la revocabilità colla teoria della pollicitazione (volontà unilaterale obbligatoria) sulla quale pur sostengono basata l'*Auslobung* secondo il Codice stesso (1). Comunque, se si considera che il § 661 esige, pena nullità, che nelle promesse consistenti in concorsi a premi venga fissato un termine pel concorso, appare chiaro come venga immensamente a restringersi il campo di simili promesse revocabili, dacchè vedemmo che nella fissazione appunto di un termine si presume implicita la rinunzia alla facoltà di revoca. — Anche pel Codice germanico la proprietà dell' opera resta al concorrente se nell' avviso di concorso non fu altrimenti disposto (§ 661 ult. capov.).

31 *ter*. Entrerebbe finalmente nell' ordine d' idee di cui stiamo occupandoci la figura dei titoli al portatore secondo talune delle tante teorie che pullularono nella dottrina intorno alla loro costruzione giuridica (2). Alludo a teorie le quali, o fondino l'obbligazione derivante da siffatti titoli sul contratto o piuttosto sopra una manifestazione unilaterale di volontà,

---

(1) Cfr. [illegible], *Bürgerliches Gesetzbuch u. s. w.*, I Bd. (Stuttgart, Kohlhammer 1897), sui §§ 657, 658, pag. 733-736.

(2) Se ne può vedere un'ampia esposizione in Bruschettini, *Op. cit.*, n. 207 e segg., pag. 204 e segg. Ma in particolare sulla teoria cosidetta della *pendenza*, anche a rettifica del Bruschettini che la pone senz' altro fra le contrattuali, mentr'è pur compatibile con le teorie unilaterali, e realmente adottata da più d'uno dei sostenitori di esse, veggasi Navarrini, *La teoria della pendenza (Pendenztheorie) e i titoli di credito* nel periodico *Il Diritto commerciale*, Vol. XV (Pisa, 1897), col. 822-844.

convengono però in questo, che il diritto del portatore non è già un diritto derivatogli, per un tramite più o meno lungo, dal primo prenditore, ma invece diretto e di per sè stante. Ed ecco allora che la persona del creditore *finale (unico* anzi nella teoria della *pendenza*, secondo la quale prima che il titolo pervenga all'ultimo possessore nessun diritto di credito sarebbe realmente sorto quantunque l' obbligazione del debitore fosse di già completa ed irrevocabile (1)), non si presenta determinata *ab origine*, e tuttavia rimane valida l' obbligazione per essere certo il modo onde verrà poi a determinarsi. Si ha qui un caso inverso a quello che presentano le *obligationes ob rem*. In queste è determinata la persona del creditore e dal possesso della cosa dipende si determini quella del debitore. Nel caso nostro invece è determinata la persona del debitore (es. la Banca emittente) e dipende dal possesso della cosa, cioè del titolo, la determinazione del creditore.

Credo opportune poche parole di schiarimento, per quanto attinenti a concetti elementari. Potrà dire taluno che non vi ha nulla di speciale in ciò che testè si è notato, mentre in qualsiasi obbligazione il debitore originario non sa quale sarà la persona che definitivamente, cioè alla scadenza, egli si troverà di fronte qual creditore, e ciò perchè è generale principio che i crediti si possano cedere. Va bene, io rispondo, ma la differenza fra i due casi è immensa. Lasciamo stare intanto che la cessione, perchè abbia effetto verso i terzi, va notificata al debitore ceduto o deve essere da lui accettata con atto autentico (Art. 1539), mentre invece il titolo al portatore passa da una mano all' altra senza bisogno di queste formalità, che, inceppandone il movimento, gli toglierebbero la sua ragion d' essere. Lasciamo stare, dico, questa differenza, perchè si potrebbe dire che in fondo essa concerne solo la forma onde la cessione si effettua. Fermiamoci invece ad una rilevante diversità sostanziale, per effetto della quale non è assolutamente più permesso di asserire che nella circolazione del titolo al portatore non si abbia che una serie di cessioni di credito con forme più spedite. Quando si tratta della normale cessione di un credito, il debitore ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva opporre al cedente, originario suo creditore: così, p. es., può invocare la compensazione del proprio debito con crediti che a sua volta professava in confronto del cedente *anteriormente* alla notificazione della cessione. Solo se fosse intervenuto ad accettare senza condizione o riserva la

(1) NAVARRINI, *loc. cit.* col. 832.

cessione non potrebbe il debitore ceduto invocare simile compensazione in confronto del cessionario (Art. 1291). Essendo sempre lo stesso il credito, esso passa dal cedente al cessionario colle sue qualità buone e cattive, e quindi passibile presso l'avente causa di quelle stesse eccezioni a cui era esposto presso l'autore di lui (il cedente). Nulla di ciò invece trattandosi di titolo al portatore. Va bene che in origine si trovano anche qui di fronte due persone determinate, ad es. la Banca emittente e il primo prenditore, ma quando poi questi mette il titolo in circolazione, chi lo acquista non si considera nei riguardi della Banca come un avente causa di lui essendosi la Banca impegnata (ecco la nota caratteristica) a considerare come creditore *ex se* e non *ex persona cedentis* quel qualunque che le si presenterà col titolo alla mano, al quale pertanto essa non potrà opporre per nulla le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario prenditore del titolo. Ecco dunque, per riassumere, come questa figura del titolo al portatore (1) entri nell'argomento di cui stiamo trattando. Essendo cioè il vincolo obbligatorio fra il debitore e quella persona qualsiasi che si presenterà in un dato momento quale portatore del titolo considerato come un vincolo avente vita sua propria, indipendente e distinta dagli antecedenti trapassi, attraverso i quali è giunto nelle mani di quel portatore, possiamo ben dire che si ha qui pure un'obbligazione ove il debitore è determinato fin dal suo sorgere, ma non così il creditore, determinabile però in modo certo.

Non sembri ora digressione inutile l'accennare, a proposito dei titoli al portatore, alla dibattuta questione se siano da ammettersi in materia civile (2). La negativa più mi persuade. Non si deve infatti confondere la questione *de lege ferenda* con quella *de lege lata*. Va benissimo cioè il riconoscere i vantaggi che per la speditezza delle negoziazioni presenterebbero questi titoli (benchè la medaglia abbia anche qui il suo rovescio, e i pericoli non manchino), ma ciò potrà indurre il giurista a far

(1) E la cosa potrebbe estendersi ad altri titoli circolanti. Cfr. VIVANTE, *Trattato di Dir. commerc.*, Vol. II, Parte II (Torino, Bocca 1896), § 48 e segg., pag. 76 e segg., ma specialmente al n. 828, pag. 95-97.

(2) Stanno per la negativa nella nostra dottrina GABBA, *Quistioni di Diritto civile*, Vol. II, *Diritto ereditario e Diritto delle obbligazioni* (Torino, Bocca 1898), pag. 129-155 e CHIRONI, *Il titolo al portatore nella recente giurisprudenza italiana* in *Giurisprudenza italiana* (*Bettini*) del 1892, Parte IV, col. 129-152, per l'affermativa invece GIORGI, nota a Sent. 31 Dicembre 1891 della Cassazione romana in *Fòro ital.*, XVII (1892, I, col. 1 e segg. Alle autorità giurisprudenziali indicate da sì eminenti autori vanno ora aggiunte in favore della tesi dell'ammissibilità di titoli civili al portatore le seguenti: Sent. 28 Dicembre 1896 della Corte d'Appello di Bologna in causa Galinelli-Penzo (Fòro it. 1897, I, col. 658) e Sent. 16 Luglio 1897 della Cassazione torinese in causa Roggeri - Dorani (Fòro it. 1897, I, col. 927).

voti perchè la legislazione li ammetta (1). Noi invece dobbiamo qui far opera di interpreti della legge esistente e vedere se, nel suo silenzio in argomento, da tutto l'assieme dei principî che la informano si possa dedurre l'ammissibilità attuale di questa maniera di obbligarsi civilmente. Orbene, che cosa troviamo quando ci si pone su questo terreno? Che nemmeno nel Diritto commerciale, dove pure predominano quelle ragioni della speditezza ed agevolazione di forma, può dirsi illimitatamente ammessa questa forma di obbligazione. La cambiale, ad esempio, titolo commerciale per eccellenza, non può stilarsi al portatore (Art. 251 Cod. comm., che fra i requisiti essenziali di essa pone al n. 3 l'indicazione della persona del prenditore). Prendiamo poi l'Art. 707 del Codice civile. Esso, coll'agguagliare i titoli al portatore alle cose mobili per natura quanto al principio che il possesso di buona fede vale titolo, mostra di avere accolto il concetto della *incorporazione* del credito nel titolo. Ora è veramente una eccezione fatta ai principî generali del Diritto, che il documento di un credito possa avere altro effetto che quello di prova del credito stesso. E però noi non la potremo ammettere siffatta eccezione fuori dei casi in cui la abbia esplicitamente accolta il legislatore. Parmi appunto decisiva quest'ultima osservazione, che traggo dal Chironi (2), dal quale pure desumo dei precedenti storici a favore del nostro assunto. In Francia un Editto del 1716 pronunciò il divieto dei titoli al portatore, divieto che poi fu tolto *pei soli commercianti* con altro Editto del 1721. Egual restrizione fu ordinata più tardi nel Regno di Sardegna (RR. Costituzioni del 1770 e Editto per la Sardegna del 30 Agosto 1770). Conscî di siffatti precedenti, è presumibile che se gli autori del Codice francese e quelli del Codice nostro avessero inteso di scostarsene, lo avrebbero espressamente dichiarato (3). L'eccezionalità di questa figura giuridica, da doversi ammettere dunque nei soli casi apertamente dichiarati dal legislatore, parmi comprovata altresì dagli infiniti dibattiti che si fanno nella dottrina per darne

---

(1) E ciò seguendo l'esempio di legislazioni forestiere. Cfr. Art. 846 del *Codice svizzero*, §§ 1039 e segg. del *Codice sassone*, e §§ 793 e segg. del nuovo *Codice civile germanico*. Ma per questi due ultimi Codici occorre, trattandosi di titoli al portatore in danaro, l'assenso dello Stato (*Codice sassone* § 1040, *Cod. germanico* § 795).

(2) *loc. cit.*

(3) Queste indicazioni storiche fornite dal Chironi sono quanto al Diritto francese comprovate dal Pothier, *Traité du contrat de change*, n. 224 (*Oeuvres*, II, Bruxelles, Jonker 1830), pag. 289 e Comm. alla *Coutume d'Orléans*, Art. 432 nota 1 (*Oeuvres*, VII, Bruxelles, Jonker 1833), pag. 501. Quelle relative alla Sardegna sono tratte dall'Azuni, *Dizionario della giurisprudenza mercantile* (2ª ediz., Livorno, Vignozzi 1831) v.° *Pagherò*, § 4, pag. 867-868, ma mi pare si riferiscano propriamente a *biglietti all'ordine*. Certo però che se ne può argomentare *a fortiori* per quelli al portatore.

una esatta costruzione giuridica. Certo però che tale eccezionalità appare minore a coloro che seguono il concetto del Siegel, che cioè la volontà possa obbligare efficacemente sè stessa indipendentemente da altra persona in confronto a cui il vincolo si contragga, e questo concetto ritengono accolto anche dalla nostra legislazione positiva. Per costoro i titoli al portatore non sarebbero che uno dei tanti casi di applicazione di questo principio generale (1) e però è naturale li ammettano senz' altro anche in materia civile. Ma, come ho fatto già a proposito delle promesse per pubblici proclami, debbo a questo punto arrestarmi, riservandone la discussione al Titolo in cui si tratterà delle cause o fonti delle obbligazioni. Così pure, per non divagar troppo con antecipazione di concetti che hanno altrove opportuna sede, mi astengo dal recare altri argomenti a favore della teoria da me abbracciata, argomenti che potranno del resto vedersi nel Chironi e nel Gabba ai luoghi già indicati.

32. Tanto sulla determinatezza dei subbietti. È quasi superfluo l' indicare che in relazione ad un medesimo negozio giuridico la stessa persona può darsi assuma veste di creditrice e di debitrice. Ciò avviene nei contratti bilaterali, quando cioè i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri (Art. 1099), com'è il caso della compravendita, della locazione e simili. Fermiamoci piuttosto a discorrere, sia pure brevemente, della *pluralità dei subbietti* possibile dal lato attivo o dal lato passivo.

Anzichè un' obbligazione con un solo creditore ed un solo debitore può darsi il caso di obbligazione nella quale o da una parte o dall' altra o da entrambe siano più i subbietti. Allora in materia civile la regola è data dal principio *concursu partes fiunt*. Fra i varî partecipanti l' obbligazione attivamente o passivamente si fraziona, tanto che solo in apparenza si ha un'obbligazione sola, in sostanza sono, assieme congiunte, tante obbligazioni quanti i subbietti. Onde il nome che questa figura giuridica assume di *obbligazione multipla congiunta*, od anche semplicemente *congiunta*. La pluralità di subbietti attivi o passivi può essere *originaria* (come se io e Tizio prestiamo assieme con un solo atto una data somma a Caio, o assieme la mutuiamo da lui), ovvero *successiva*, e quest' ultima può derivare da atto tra vivi o da successione

(1) Così, fra noi, Bruschettini, *Op. cit.*, n. 337-347 inclus., pag. 249-260.

ereditaria. Da atto tra vivi: esempio, esiste un' obbligazione fra Tizio e Caio, e mediante novazione si sostituiscono più persone o all' uno o all' altro, cioè più creditori ad uno solo o più debitori ad un debitore unico. Da successione ereditaria: quando all' eredità di una persona più persone concorrano. In quest' ultimo caso le parti in cui si frazionano *ipso iure* crediti e debiti ereditarî fra' coeredi sono proporzionali alla loro quota ereditaria (Art. 1027, 1204 capov.) In tutti gli altri casi sino a prova in contrario si presume uguale la quota incombente o spettante a ciascuno.

Senonchè alcune volte o per legge, o per volontà degli autori dell' atto o per la qualità della prestazione il rapporto giuridicamente si configura in modo che, più essendo i soggetti o dal lato attivo o dal lato passivo, non si divida la prestazione per parti, ma la si possa chiedere nella sua totalità o da uno solo fra i più creditori o ad uno solo fra i più debitori, con questo però che, adempiuta una volta, l' obbligazione è estinta. Ho detto che ciò può dipendere dalla qualità della prestazione: la cosa è allora possibile sia dal lato attivo, sia dal lato passivo, e si ha la figura giuridica delle *obbligazioni indivisibili*. Trattisi p. es. dell' obbligazione di costituire una servitù di passaggio o di esibire un documento. Siamo allora di fronte a prestazioni che di loro natura *pro parte expediri non possunt*, per usare un' espressione contenuta nella l. 25, § 15 D. fam. ercisc. 10, 2. Se dunque siamo più comproprietarî del fondo in cui favore la servitù di passaggio deve costituirsi, uno qualunque di noi sarà autorizzato a citare per la costituzione *integrale* della servitù, cioè per l' adempimento pieno dell' obbligo in questione, il proprietario del fondo su cui il passaggio deve istituirsi. E se viceversa sono più comproprietarî di questo fondo ai quali incombe la obbligazione di costituire tale passaggio a favore del fondo mio, io potrò all' uopo citare uno qualunque di essi, e sempre per l' integrale soddisfacimento perchè la natura della prestazione si ribella al frazionamento: sarebbe infatti ridicolo il parlare di passaggio costituitomi per una frazione, un terzo, un quarto, e simili. Abbiamo soggiunto che, anzichè dalla qualità della prestazione (in sè o pel modo onde la conside-

rarono gli interessati) la eccezione alla regola *concursu partes fiunt* può derivare dalla volontà degli autori dell' atto o dalla legge. Con ciò si allude particolarmente alle *obbligazioni solidali*. Si parla di *solidarietà attiva* quando più sono i creditori, a ciascuno dei quali il titolo (contratto o testamento) espressamente attribuisce il diritto di chiedere il pagamento dell' intero credito, con questo però che il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, e ciò anche se il benefizio dell' obbligazione sia suscettibile di divisione fra i varî creditori (Art. 1184). Emerge intanto da questa nozione che la solidarietà attiva non può emanare dalla legge, ma solo dalla volontà delle parti contraenti, o dalla volontà del disponente se è dal testamento che l' obbligazione trae origine. Si ha invece *solidarietà passiva* quando sono più i debitori obbligati o per virtù di legge o per volontà dell' uomo (dei contraenti cioè o del testatore) ad una medesima prestazione in modo tale, che ciascuno possa esser costretto al pagamento per la totalità, con questo però, che il pagamento eseguito da uno solo liberi gli altri verso il creditore. Ciò risulta dal combinato disposto degli Art. 1186, 1188, completati col tener presente il caso di obbligazione che da testamento derivi. Intanto osservo che, a differenza della solidarietà attiva, la passiva può originare dalla legge. Valga ad es. l' Art. 1156, così concepito: « Se il delitto o quasi delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato ». All' infuori di questo o simili casi in cui vi è un testo apposito che la sancisce, vale per le negoziazioni civili la regola che la solidarietà passiva non si ammetta se non è in esse espressamente stabilita (Art. 1188). Affatto opposta è la regola in materia mercantile, disponendo l' Art. 40 del Codice di commercio quanto segue: « Nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, se non vi è convenzione contraria. La stessa presunzione ha luogo per il fideiussore anche non commerciante, che garantisce una obbligazione commerciale. Essa non si estende ai non commercianti per le contrattazioni che rispetto ad essi non sono atti di commercio ». (Vi hanno poi nello stesso Diritto commerciale dei casi, nei quali la solidarietà è *assolutamente* sta-

bilita dalla legge e non semplicemente presunta *iuris*, p. es. fra soci, fra sottoscrittori di una cambiale od altro titolo all'ordine, ecc.) Sicchè, bene osserva il Bolaffio, « mentre nelle materie civili, ove la solidarietà non sia stata espressamente pattuita, la molteplicità dei condebitori toglie efficacia al rapporto per la maggior probabilità che taluno di essi, diventando insolvente, non paghi la parte che gli spetta e sia pel creditore perduta, nelle materie commerciali quanti più sono i debitori e tanto più è afforzata la fiducia che l'obbligazione sarà soddisfatta, perchè ciascuno d'essi è tenuto all'integrale prestazione del medesimo oggetto (cosa o danaro) » (1).

Ma non è questo il momento di addentrarsi in siffatta materia. Delle obbligazioni solidali e delle indivisibili si dirà a lungo altrove. Qui bastava accennarvi a proposito della pluralità di subbietti attivi e passivi, come ad eccezioni possibili della massima fondamentale *concursu partes fiunt*.

Capitolo III.

L'OGGETTO DELL'OBBLIGAZIONE

SOMMARIO

33. L'ampiezza della materia, a cui il presente Capitolo si riferisce, ne consiglia la divisione in due Sezioni, la prima delle quali, premesse alcune generalità, tratterà specialmente dei caratteri indefettibili nell'oggetto di qualsiasi obbliga-

(1) Bolaffio, *Saggio di una teoria generale dei contratti commerciali secondo il Diritto positivo italiano* (Milano, Vallardi 1893), pag. 30. Su questo ottimo lavoro cfr. una mia recensione in *Monitore dei Tribunali*, XXXV (1894), pag. 119-120.

zione, mentre nella seconda si farà parola di talune specie di obbligazioni qualificate dalla natura peculiare del loro oggetto, quali sono particolarmente le obbligazioni alternative, le generiche e i debiti pecuniarî.

SEZIONE I.

Generalità e caratteri essenziali dell' oggetto dell' obbligazione

SOMMARIO

34. Già dalla definizione data dell' obbligazione emerge che oggetto di essa è una *prestazione*, cioè un' azione del debitore in confronto del creditore. È pertanto inesatto quel modo di dire, pur tanto comune, che oggetto dell' obbligazione siano cose, ovvero servigi (fatti). Questi sono il *contenuto della prestazione*, o se altrimenti vuol dirsi, *l' oggetto mediato*. Praticamente però ha grande importanza la considerazione di questo oggetto mediato. È da essa infatti che dipende il decidere se il credito sia da porre fra le cose mobili o le immobili. In base a qual criterio precisamente si estese questa distinzione ai diritti, i quali per sè stessi non sono nè mobili nè immobili? Trattandosi di diritti reali, con l' avere riguardo all' oggetto su cui direttamente cadono, trattandosi invece di diritti di credito con riguardo a ciò che forma il contenuto della prestazione: *actio quae tendit ad mobile est*

mobilis, actio quae tendit ad immobile est immobilis. Così è che leggiamo nell'Art. 418: « Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni anche ipotecarie che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili », dove appunto l'espressione *oggetto dell'obbligazione* è usata in senso meno proprio con riguardo alla comune accezione della parola, dovuta a sua volta alla già rilevata indole patrimoniale del vincolo. Prestazioni poi che non si riferiscono ad una cosa materiale, ma ad un *facere*, cioè a dei servigi, si classificano fra i crediti mobiliari dietro il riflesso che, se inadempiute, si risolvono nel risarcimento dei danni, cioè nella prestazione di una somma di danaro, cosa mobile. Ma si chiederà: interessava proprio l'estendere anche ai diritti, e in particolare alle ragioni di credito, la distinzione dei beni mobili e immobili? Certamente, io rispondo, e basterebbe a provarlo, a parte le distinzioni procedurali delle azioni, il caso pratico di un testamento in cui fossero istituite due persone, l'una erede del patrimonio mobiliare, l'altra del patrimonio immobiliare dell'ereditando. Interessava allora avere un criterio in base al quale decidere a quale dei due assegnare i crediti formanti parte dell'asse relitto.

35. Le prestazioni formanti oggetto di obbligazione possono essere così svariate com'è svariato il campo dell'umana attività (1). Si possono però tutte ridurre a due grandi categorie, prestazioni *positive*, e prestazioni *negative*, consistenti cioè in un'azione od in una omissione. Nel Diritto romano veramente è fatto cenno di tre categorie: *dare, facere, praestare* (2): si avrebbe dunque a primo aspetto una classe di prestazioni in più, e tuttavia non vi figurerebbero le prestazioni *negative*. Ma gli interpreti non sanno intanto accordarsi nel definire ciò che dovrebbe far oggetto di un *praestare*, quali intendendo si alluda con ciò alle prestazioni tendenti al risarcimento di un danno, quali a prestazioni miste di dare e di fare, quali a quelle obbligazioni che, non avendo una

---

(1) Crome, *Op. cit.*, § 4, pag. 29.
(2) L. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7 di Paolo.

particolare *intentio iuris civilis*, si faceano valere con azioni concepite *in factum* e non *in ius*. Tant' è che in altri passi del *praestare* come di oggetto a sè di obbligazioni non si parla più. Così lo stesso Paolo nella l. 2 pr. D. de verbor. obligat., 45, 1 dice: « Stipulationum quaedam in dando quaedam in faciendo consistunt ». D' altronde nel *facere* tutti convengono debba comprendersi anche il *non facere*, importando anche questo una determinazione di volontà diretta appunto ad una astensione (1). Di *dare* poi intendonsi per Diritto romano le obbligazioni che hanno per oggetto di trasferire la proprietà od altro diritto reale sulle cose.

Anche il nostro Codice parla di obbligazioni di *dare*, di obbligazioni di *fare*, e di obbligazioni che consistono nel *non fare* (Art. 1219, 1220, 1221) e ne determina gli effetti, che studieremo a suo luogo. Qui basta accennare ad una capitale distinzione delle obbligazioni di fare e alla questione che si agita tra i nostri civilisti circa l' odierno contenuto dell' obbligazione di dare.

Sul primo punto va notato che, come delle cose materiali, così delle opere, dei servigi, si possono fare due categorie, *fungibili* e *non fungibili*. Sono fungibili quei servigi, relativamente ai quali è indifferente la persona che li presta, non fungibili quelli in cui si ha particolare riguardo alla persona del debitore, alla speciale attività e capacità propria dell' obbligato, sicchè la prestazione non sarebbe più quella dedotta in obbligazione se a lui si sostituisse altri nell' adempierla. È il caso della commissione di un quadro data ad un pittore di vaglia.

Quant' è all' obbligazione di dare, pensano alcuni autori che per caratterizzarla occorra scostarsi alquanto dal concetto romano. Ciò perchè, scrive ad es. il Nani, « nel Diritto nostro il solo consenso basta, il che prima non avveniva, a trasferire la proprietà ed ogni altro diritto reale in genere (Art. 1125, 1448, 1550). Quindi le obbligazioni di dare non possono più

(1) Cfr. Windscheid, *Pandekten*, Vol. II. § 252 nota 1ª pag. 8 della già citata 7ª edizione.

essere definite quelle che sono dirette alla traslazione della proprietà o di altro *ius in re*, la quale avviene al momento stesso in cui l'accordo fra le parti è conchiuso, ma sibbene quelle che, nascendo da un contratto avente un tale obbietto, mirano a procacciare all'acquirente il possesso di fatto della cosa promessa (1) ». Senonchè, pur essendo vero questo in via generale, osserviamo tuttavia col Pacifici-Mazzoni (2) che ci possono essere ancora oggidì dei casi in cui sia proprio il discorrere di un dare come oggetto di obbligazione nel senso romano. Così, p. es., nel caso di vendita con riserva di dominio per un certo tempo (ch'io reputo valida, ma il punto è discusso), e nei casi di obbligazioni di dare generiche, riferentisi cioè a cose determinate solo nel genere e non nell'individuo. Se io vendo p. es. a Tizio mille moggia di frumento in genere, il trapasso di proprietà non avviene per solo consenso, ma normalmente solo al momento della effettiva *dazione* della merce prima non ancora identificata. Finalmente quanto all'obbligazione di non fare l'omissione a cui è impegnato il debitore consisterà o nell'astenersi da atti che avrebbe altrimenti diritto di compiere, o nel tollerare atti del creditore a cui avrebbe altrimenti diritto di opporsi (3).

La prestazione può essere di sua natura transeunte o

(1) Nani, *Di una questione relativa all'inadempimento dell'obbligazione* in *Archivio giuridico*, Vol. XII (pag. 371-384), pag. 380, n. 17. Cfr. pure De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 124, pag. 157, e pel Diritto francese particolarmente Larombière, *Op. cit.*, Vol. I, sull'Art. 1101 Cod. fr. n. 8, pag. 5-6 e sull'Art. 1136, n. 1-5, pag. 386-388, Laurent, *Principes*, XVI, n. 187, pag. 248 e segg., Demolombe, cit. *Cours* etc. T. XXIV, n. 507 e 508, pag. 510-511, Aubry-Rau, cit. *Cours*, T. IV, § 299 testo e nota 3, pag. 38-39, Crome, *Op. cit.*, § 4 testo e nota 2, pag. 29-30. Il Giorgi, fra i nostri, dichiara che la distinzione fra le obbligazioni di dare, fare e non fare ha oggidì quasi nessuna importanza (*Op. cit.* Vol. I, n. 230, pag. 240-242). Eppure spesse volte la giurisprudenza ha avuto a pronunciarsi sul punto di sapere se in questa o quella fattispecie si avesse obbligazione dell'una o dell'altra categoria. Mi basta rinviare per ciò alle cit. *Pandectes françaises*, Vol. cit. n. 1595-1601 pag. 209-210.

(2) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto civile*, Vol. IV (6ª edizione, Firenze Cammelli 1886), pag. 47 nota 1.

(3) Crome, *Op. cit.*, § 4, pag. 30-31.

duratura, cioè o tale da esaurirsi in un sol tratto, come l'obbligazione di consegnare la cosa venduta, di restituire la cosa avuta a comodato, e simili, o tale che abbia, come suol dirsi, tratto successivo, che cioè si propaghi nella successione del tempo. Di quest' ultima specie troveremo l'esempio nelle obbligazioni negative, cioè aventi per oggetto una astensione, ma ne troviamo anche fra le positive, esempio l' obbligazione del locatore di *far godere* il conduttore di una cosa *per un determinato tempo*, come si esprime l'Art. 1569 (1).

36. Sotto un altro punto di vista si distinguono le obbligazioni con riguardo alla natura divisibile od indivisibile del loro oggetto. L' obbligazione è in senso giuridico *divisibile* quando la prestazione è suscettibile di frazionamento senza pregiudizio della sua essenza, per ciò che ogni prestazione parziale ha l'identico contenuto della prestazione totale, dalla quale solo quantitativamente si differenzia : *indivisibile* quella in cui simile frazionamento non è possibile (2). Cerchiamo di chiarire questo concetto, limitandoci per ora alle *obligationes dandi*. Ci sono delle cose, degli enti materiali fisicamente divisibili in parti senza pregiudizio o almeno senza pregiudizio notevole della loro essenza e del loro valore economico (3), sicchè ciascuna parte conserva l' identica natura del tutto, al quale pure esattamente o quasi si proporziona per valore; così è p. es., dei fondi rustici, di una pezza di panno di varî metri, così *può essere* delle case e simili. Materialmente indivisibili invece in questo senso sarebbero uno specchio, una gemma, un animale vivo. Ora si potrebbe credere che fossero indivisibili le *obligationes dandi* quando la prestazione si riferisca ad una cosa di quest' ultima specie, e viceversa divisibili quando fisicamente frazionabile nel significato anzidetto sia l' ente a cui la prestazione si riferisce; divisibile p. es. l' obbligazione di dare un fondo, alias quella di dare un ca-

---

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, Vol. II, § 252. 2, testo e nota 6 pag. 9.

(2) WINDSCHEID, *Op. cit.*, § 253, pag. 10.

(3) SERAFINI, *Istituzioni di Diritto romano*, Vol. I (6ª ediz. Firenze, Cammelli 1897) § 17, pag. 172.

vallo. Sarebbe questa un' idea sbagliata, perchè non è tanto alla divisibilità *materiale* della cosa, quanto piuttosto alla divisibilità o indivisibilità *intellettuale*, cioè del diritto che relativamente ad essi si tratta di costituire, che deve aversi riguardo per qualificare la natura della obbligazione. E però, trattandosi di trasferire la proprietà, diritto sempre divisibile in quote parti ideali (com'è appunto nella comunione) si dirà, che è nell' uno e nell' altro caso siamo in cospetto di un' obbligazione divisibile. Sarebbe lo stesso se si trattasse di una obbligazione avente per oggetto la costituzione di un usufrutto, diritto anche questo di sua natura divisibile. Simili obbligazioni dunque le diremo per loro natura divisibili. Ma si vedrà poi a suo tempo come anch' esse possano diventare indivisibili giusta l' intenzione dei costituenti. Invece in altri casi è il diritto per sè stesso non suscettibile di quel frazionamento in parti ideali (si riporti all' esempio recato al n. 32 pag. 91 della costituzione di una servitù di passaggio), ed è allora che la obbligazione diretta a costituire o trasmettere un diritto simile la si dirà per sua natura indivisibile (1). Orbene, questa distinzione di cui stiamo discorrendo, sebbene attinente all' oggetto, non dispiega la sua efficacia pratica se non quando la si connetta col numero dei subbietti attivi o passivi dell' obbligazione. Si ricorderà infatti che delle obbligazioni indivisibili si è avuta occasione di far cenno parlando della pluralità dei subbietti come di una delle eccezioni alla regola *concursu partes fiunt*. E in realtà finchè stanno di fronte un sol creditore ed un solo debitore, è indifferente che l' obbligazione sia divisibile o no, perchè il debitore la deve eseguire integralmente, tuttochè divisibile, salvo pattuizione in contrario. È solo quando sono più i creditori o i debitori che la distinzione palesa la sua importanza. Dispone infatti l'Artic. 1204: « L' obbligazione che è capace di divisione deve eseguirsi fra il creditore e il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile che riguardo ai loro

---

(1) Cfr. su tuttociò, per tacer d'altri, Bellavite, *Note illustrative e critiche al Codice civile del Regno* (Padova, Sacchetto 1874), pag. 223-229.

eredi, i quali non possono domandare il credito, nè sono tenuti a pagare il debito che per le porzioni loro spettanti o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore o il debitore ».

37. Ci sono dei caratteri che l' oggetto dell' obbligazione deve necessariamente e sempre riunire, per quanto ne sia svariato il contenuto. Esso dev' essere anzitutto *possibile*: « impossibilium nulla obligatio est », dice la l. 185 D. de reg. iur. 50. 17 di Celso. Il che si intende però della impossibilità assoluta, e non di quella relativa soltanto alla persona di chi si è obbligato, giusta l' insegnamento della l. 137 § 5 D. de verbor. obligat. 45, 1 di Venuleio: « Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, quum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit ». Deve essere l' oggetto *lecito*, cioè non contrario nè alla legge nè ai buoni costumi. Deve essere *determinato o almeno determinabile in modo certo*. Soffermiamoci su questo requisito.

La determinatezza dell' oggetto dovuto può essere di vario grado. Sarebbe massima, p. es. quando l' obbligazione si riferisse ad una cosa specifica, come sarebbe l' obbligo di dare il tal cavallo, minore se si promettesse di dare un cavallo di una certa razza, minore ancora se un cavallo in genere, dove il limite è dato appunto dal genere. Ma invece può essere che persino questo grado minimo di determinatezza manchi, come se Tizio promettesse di dare un animale, oppure che, determinato il genere, non sia determinata nè determinabile la quantità, come nell' esempio della l. 94 D. de verb. oblig. 45. 1 di Marcello, relativo alla stipulazione triticum dare oportere, in cui non sia dato sapere la quantità di grano che i contraenti poteano avere in vista. In tali casi l' obbligazione, prestandosi ad essere adempiuta in modo addirittura irrisorio, (col dare ad es. nel primo caso un insetto, nel secondo due o tre chicchi di frumento), si dirà nulla per mancanza del requisito in discorso.

Ma dicemmo che non occorre proprio sia determinato *ab initio* l' oggetto, bastando anche la sua determinabilità in modo certo, esempio l' obbligazione di vendere certi titoli per un dato giorno al prezzo di borsa. Di quest' argomento, e in

generale dei requisiti sin qui esaminati, avremo occasione di fare più lungo discorso nel trattare dei contratti e dell'oggetto loro. Quello che invece mi preme ancora di rilevare, per il carattere di generalità a tutte le obbligazioni, si è che non può l'oggetto essere rimesso interamente all'arbitrio del debitore. Così sarebbe nulla, e lo dichiara espressamente l'Artic. 835, la disposizione testamentaria che lasciasse interamente all'arbitrio dell'erede di determinare la quantità del legato. (Vi fa eccezione l'articolo stesso solo pei legati fatti a titolo di rimunerazione per servizi prestati al testatore nell'ultima sua malattia, del che è ovvia la ragione). Debbo poi soggiungere che per l'Art. 835 la nullità della disposizione vi sarebbe anche quando la determinazione della quantità del legato fosse rimessa ad un terzo, ravvisandosi anche in tal caso demandata ad altri una facoltà non delegabile, quella cioè di testare: in altre parole sembra che il legato in tale caso non sarebbe più l'effetto della volontà del testatore, la sola che deve imperare, ma bensì del terzo al quale egli si è rimesso per la determinazione della quantità. Ma torniamo al nostro argomento. Se è vero come principio generale che l'oggetto non può essere abbandonato nella sua determinazione all'arbitrio dell'obbligato, non manca tuttavia nel Codice l'esempio di modalità pur essenziali ad una data obbligazione, di cui è rimessa la determinazione al debitore: senonchè anche allora egli non ha pieno ed illimitato arbitrio, ma si tratta piuttosto di un *arbitrium boni viri*, deve pronunciarsi come farebbe un onesto perito. Così p. es. in tema di società l'Art. 1718 ammette che i soci convengano di rimettersi al giudizio, non solo di un terzo, ma anche di uno solo fra essi per determinare le porzioni, cioè la parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite, ma soggiunge che la determinazione che sarà data può impugnarsi nel caso in cui sia evidentemente contraria all'equità. Con qualche maggior latitudine può essere rimessa alla volontà del debitore la determinazione di qualche modalità accessoria, p. es. del termine del pagamento, ma nemmeno allora sarebbe illimitato il suo arbitrio. Così, restando appunto nell'esempio del termine, leggiamo nel capov. dell'Art. 1173: « Spetta egualmente all'autorità

giudiziaria di stabilire per l' adempimento dell' obbligazione un termine conveniente se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore ». Come intendere precisamente questo articolo, si dirà nel discorrere in generale delle obbligazioni a termine.

38. Finalmente l' oggetto dell' obbligazione deve essere valutabile a danaro, nella cui prestazione in definitiva si risolvono tutte le obbligazioni quando non vengano adempiute e siano tali che non possa *manu militari* ottenersene l' adempimento in forma specifica, e ciò giusta l' Art. 1218: « Chi ha contratto un' obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni ». A questo proposito non ho che a richiamarmi a ciò che ho già detto parlando del vincolo, come primo elemento del concetto di obbligazione, vincolo che vedemmo dover essere patrimoniale (v. s. n. 16, pag. 41-42). Nel modo più esplicito è indicato questo requisito dal *Codice sassone*, dove il § 662, nel definire i diritti di obbligazione, parla di prestazione che in sè racchiuda valore patrimoniale (« eine einen Vermögenswerth in sich schliessende Leistung »). Non posso però tacere come questo punto sia scientificamente tutt' altro che pacifico. Cominciarono ad oppugnarlo il Windscheid (1) e il Jhering (2), ed altri poi li seguirono. La questione si è riaccesa in questi giorni in Germania a proposito del § 241 del nuovo *Codice civile*, che dice semplicemente: « In virtù del rapporto obbligatorio il debitore è tenuto *ad una prestazione* verso il creditore. Questa prestazione può consistere in una astensione » (3). E dai lavori preparatorî risulterebbe che deliberatamente si volle nel definire l' obbligazione prescindere dal requisito in di-

---

(1) Windscheid, *Pandekten*, II, § 250, testo e nota 3, pag. 3-5 (della 7ª ed.).

(2) Jhering, *Ein Rechtsgutachten*, II, *Die Interessenfrage*, III *Das Erforderniss des Interesses für den Gläubiger* in *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatr.*, XVIII, (1880), pag. 34-117, riassunto dallo Scialoia in *Archivio giuridico*, XXV, pag. 478-492.

(3) « Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen ».

scorso (1). Tuttavia c'è chi se ne impressiona per le strane conseguenze a cui si potrebbe giungere in pratica ove il giudice potesse condannare all'adempimento di prestazioni che coll'interesse patrimoniale non hanno a che fare e che derivano solo da riguardi di convenienza inerenti alla convivenza sociale (2). Fautori ed avversarî del principio in questione traggono in gran parte le loro armi da quel grande arsenale che è il *Corpus iuris*, dove in apparenza ne stanno di buone per entrambe le cause. Uno dei testi più discussi è la l. 9 § 2 D. de statulib. 40, 7, ov'è detto: « Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui prestarique possunt ». Si cerca di togliergli importanza dal Windscheid esaminando il caso speciale in cui il giureconsulto (Ulpiano) emise quella sentenza come motivo della sua decisione, e mettendo in guardia contro il pericolo del generalizzare motivazioni date nelle fonti romane per casi singoli. Ma, pur essendo giustissimo questo criterio che deve guidare nell'interpretazione dei testi romani, è certo che nel caso concreto noi ci troviamo di fronte all'enunciazione di un principio generale, principio che quadra benissimo (e questo è particolarmente notevole) con altri testi, addotti *ex adverso* a provare che anche prestazioni non aventi un contenuto d'interesse direttamente materiale, ma tali da soddisfare a bisogni d'ordine morale, possono formare oggetto di obbligazione. Infatti si badi bene che quando diciamo, all'appoggio di quel testo e di altri, che l'oggetto della prestazione dev'essere valutabile a danaro, non si vuol significare per nulla ch'esso debba mirare direttamente ad un vantaggio patrimoniale del creditore, ad un aumento effettivo dei suoi beni economici. Basta ch'esso sia tale, lo diremo

---

(1) cit. Haidlen, I, pag. 298 e pag. 301.

(2) Così Hellwig, *Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit* in *Archiv f. die civilist. Praxis*, LXXXVI (1896), pag. 223-248. Ma in contrario senso Kohler, *Das Obligations-interesse* in *Arch. für bürgerliches Recht*, XII (1897), pag. 1-88, e Stammler, *Op. cit.*, § 1, pag. 1-7. Sui due primi veggasi L. Coviello in *Filangieri* del 1897, pag. 664-676 e pag. 739-748, che sostiene la necessità del requisito in esame.

con l'ARNDTS (1), che il suo adempimento possa formare oggetto di una domanda giudiziaria e di una condanna del debitore *per ciò*, che il creditore possa trarre un diritto patrimoniale dall'inadempimento, e come ristoro di esso. Infatti il passo citato parla di prestazioni che possano *pecunia lui praestarique*, cioè che possano scontarsi, ripararsi a danaro qualora vengano inadempiute. Onde in questa questione, che si è forse ingrossata oltre quanto meritava, con l'esigere la valutabilità a danaro non si fa che escludere che possano formar oggetto di obbligazione certe prestazioni le quali non si possono assolutamente ricondurre nè direttamente nè indirettamente al concetto di patrimonio (per quanto largamente lo si intenda), o per la loro attinenza esclusiva al Diritto pubblico o a quella parte del Diritto civile, che regola il Diritto delle persone (es. l'obbligazione della convivenza fra' coniugi), ovvero perchè per loro natura più che impegni giuridici rappresentano accordi derivanti da ragioni di mera socievolezza (esempio l'accordo intervenuto fra due amici di fare un viaggio di diletto assieme), dove ad un interesse patrimoniale, nemmeno indiretto, sarebbe assurdo il pensare (2). Posto ciò si vede come i pochi esempi, a cui più comunemente ricorrono gli avversari per sostenere la loro tesi, non fanno al caso, perchè tali che anche noi possiamo e dobbiamo ben ravvisarvi delle obbligazioni, pur rimanendo ligi al criterio della valutabilità a danaro. Tale l'esempio della libertà domenicale per alcune ore pattuitasi dal domestico, tale l'impegno di non suonare il piano assuntosi da un inquilino di un appartamento verso il proprietario della casa. Quivi non si hanno interessi meramente pecuniari, sta bene: ma la risarcibilità a danaro per l'indole intrinseca dell'obbligo assunto ci sta pur sempre, non foss'altro in vista di questo, che quel domestico avrebbe altrimenti elevate le sue pretese di mercede, o quel locatore

(1) ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 202 testo e nota 3, pag. 11 e pag. 13.

(2) Cf. SELLFERT, *Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines bürg. Gesetzb. f. das deutsche Reich* (Berlin, Guttentag 1889), § 2, pag. 6.

avrebbe richiesta una pigione più forte, onde quelle clausole rappresentano pur sempre nell' onere che addossano al padrone nel primo caso, al locatore nel secondo, una parte della controprestazione a lui incombente in simili contratti bilaterali (1).

Ho accennato alla questione prendendo le mosse dai romanisti, fra i quali particolarmente la si agita, ma non posso tuttavia omettere di accennare quanto, dopo una profonda e dettagliata disamina di essa nel Diritto romano, scrive l'illustre Pernice (2). In ordine al Diritto romano, lungi dal giungere ad una conclusione unica, egli distingue le obbligazioni in vari gruppi, dove ammettendo, dove no, la necessità del requisito in esame in base a condizioni e caratteri tutti proprî del mondo romano, quali la distinzione fra il *merum* ed il *mixtum imperium*, fra il *ius ordinarium* e *l' extraordinarium* e simili. Fatto ciò, in via di chiusa egli soggiunge: « semplice è la conclusione che ne deriva per il nostro odierno Diritto. Noi non abbiamo più la distinzione fra *ius ordinarium* ed *extraordinarium*, noi non conosciamo un *imperium mixtum*, ma si hanno solo delle azioni private, degli attori e dei giudici. Nel Diritto delle obbligazioni sono scomparsi i tipi di azioni e di negozî nel senso romano: i requisiti di forma sono dovunque svaniti: ogni patto non immorale è azionabile. Parmi dunque assolutamente impossibile il prendere il Diritto romano come punto di partenza per la costruzione del nostro Diritto odierno, perchè ci mancano i presupposti romani. Dobbiamo chiederci quali obbligatorî rapporti e promesse intendiamo noi di dichiarare degni di protezione. Ma la risposta a tal domanda non ispetta certo al giudice, sibbene alla legislazione *(Rechtsordnung)* » (3).

39. In un' obbligazione può aversi *pluralità di prestazioni* od oggetti. E questa pluralità può essere cumulativa ovvero alternativa. *Cumulativa* quando sono dovute più prestazioni o la prestazione di più oggetti. Allora non si ha che in apparenza una sola obbligazione, in sostanza sono tante quanti gli

---

(1) È il motivo addotto nella bellissima l. 6 § 1 D. de serv. export. etc. 18, 7, nel tema analogo della vendita di uno schiavo o di una schiava con la clausola che il compratore non li prostituisse o non li maltrattasse e simili, dove Papiniano, ricredendosi di una precedente opinione, accede alla sentenza di Sabino che il venditore abbia titolo ad agire nell'evento che quel patto non sia stato dall'acquirente osservato *quoniam hoc minoris homo venisse videatur*.

(2) Pernice, cit. *Labeo,* Vol. III, Parte I, pag. 172-195.

(3) Ho cercato qui di tradurre colla massima fedeltà ciò che il Pernice scrive (loc. cit.) a pag. 194-195.

oggetti. Ciò salvochè questi varî oggetti siano concepiti in modo da formarne una unità inscindibile. Non posso far di meglio, per chiarire tale concetto, che riportare testualmente la l. 29 pr. D. de verb. obligat. 45. 1 di ULPIANO: « Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quot summae sunt, totque esse stipulationes quot species sunt.... Quamvis autem placuerit tot esse stipulationes quot summae, totque esse stipulationes quot res, tamen si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sint stipulationes quot nummorum corpora, sed una stipulatio, nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse quamvis plura corpora sint, vel plura legata; sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est; at si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora ». Parimenti sarebbe unica l'obbligazione avente per oggetto una data biblioteca, e invece una in apparenza, ma in realtà molteplice quanti gli oggetti, l'obbligazione di prestare il libro *a*, il libro *b*, il libro *c*, ecc. Tuttavia dobbiamo soggiungere che la massima *tot stipulationes quot res* va intesa *cum grano salis*. Bene osserva il LAROMBIÈRE (1) che non bisogna trarne la conclusione che trattisi di tante obbligazioni assolutamente distinte le une dalle altre come se risultassero da cause e da titoli differenti. La regola p. es. che non possa il creditore essere costretto a ricevere un pagamento parziale, regola che illustreremo parlando degli effetti delle obbligazioni, troverà anche qui piena applicazione, salvochè o dalla diversità delle scadenze o dai luoghi di pagamento risulti l'intenzione delle parti di considerare le varie cose in modo così separato e distinto, da consentire la prestazione delle varie cose a varie riprese.

In contrapposto alla cumulativa si ha pluralità di prestazioni *alternativa* quando l'obbligazione contempla bensì più prestazioni, ma non dovute tutte assieme: dovuta è una sola fra esse, che sarà determinata dalla scelta spettante o al debitore, o al creditore o ad un terzo. Ora di siffatte obbliga-

---

(1) LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. III (2ª edit. 1885), n. 5, pag. 308-309.

zioni alternative conviene discorrere a parte, e lo facciamo nella successiva Sezione, destinata a raccogliere i principali casi in cui la qualità speciale dell' oggetto dovuto determina figure a sè di obbligazioni, suscettibili ciascuna di trattamentô diverso appunto in considerazione *unicamente* del loro oggetto. Faccio quest' ultima aggiunta per ispiegare la ragion di metodo che mi indusse ad includere nella presente Sezione, anzichè nella successiva, l' accenno alle obbligazioni divisibili o indivisibili. Vedemmo infatti trattarsi in esse di una distinzione derivante bensì dalla qualità della prestazione, ma produttiva di effetti solo inquanto la si connetta colla ipotesi di una pluralità di subbietti.

SEZIONE II.

Figure di obbligazioni speciali in sè e nei loro effetti per semplice peculiarità del loro oggetto

SOMMARIO

40. Il concetto dato dell'obbligazione alternativa sul finire della precedente Sezione presenta, col parlare di *più prestazioni*, un carattere di maggiore generalità, e con ciò altresì di maggiore esattezza, in confronto a quello che risulterebbe dalla lettera del nostro Codice. Il quale ne tratta negli Art. 1177-1183, ed ha il torto di aver tenuto presente particolarmente il

caso dell'obbligazione di dare, mentre invece le norme ivi contenute dovranno valere anche se le prestazioni alternativamente contemplate dal rapporto obbligatorio sono di fare o di non fare, oppure quale di una e quale di altra specie. Va altresì notato fin d'ora che, per esplicito disposto dell'Art. 1183 con cui questa parte del Codice si chiude, le regole dettate dal legislatore tenendo presente il caso meno complesso di due sole prestazioni si applicheranno anche nell'ipotesi che più di due siano le prestazioni nell'alternativa comprese.

Dell'alternativa è caratteristica l'esserci *duæ res in obligatione, una in solutione*, formula tradizionale, ch'io credo a torto oppugnata, inquanto afferma l'unicità dell'obbligazione, da qualche pur autorevole scrittore moderno, come Gustavo Pescatore ed il Ryck (1).

E l'obbligazione è unica, bensì con un contenuto alternativamente determinato, anche se la scelta spetti al creditore, dove invece il Pescatore considera aversi la coesistenza alternativa di più obbligazioni, di più ragioni di credito ed equipara completamente questo caso a quello del cosidetto *concorso elettivo di azioni*, quale si ha per esempio fra la *redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* nella vendita. In altre parole è, secondo lui, giuridicamente identica la posizione del compratore di cosa affetta da vizi occulti, che può chiedere o la rescissione della vendita, o la restituzione di parte proporzionale del prezzo, e quella di chi contragga un'obbligazione con la quale promette di dare a propria scelta o mille lire o il tal cavallo (2). Benchè sia mio proposito, per non eccedere i limiti propri del presente corso, di non entrare nella disamina delle svariate teoriche e costruzioni giuridiche sorte intorno alla natura delle obbligazioni alternative (3), ho creduto bene di accennare a questa del

---

(1) G. Pescatore. *Die sogenannte alternative Obligation* (Marburg, Elwert 1880), § 3, pag. 8-16, Ryck, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht*, II (Berlin, Decker 1887), pag. 129 e segg. Contro il Pescatore in particolare, fra i nostri, Carnazza, *Le obbligazioni alternative nel Diritto romano e nel Diritto italiano* (Catania, Ponsini 1895), pag. 8 e segg. La monografia del Carnazza sarebbe riuscita certo meno imperfetta s'egli avesse tenuta presente la trattazione larga che dell'argomento fa il Ryck.

(2) Pescatore, *Op. cit.*, loc. cit. e § 14, pag. 77-83, § 39, pag. 237-238.

(3) Se ne può vedere un'ampia esposizione in Ryck, *Op. e Vol. cit.*, § 28 e segg., autore a sua volta di una nuova teoria, per cui nell'alternativa entrerebbe il concetto (largamente inteso) del *modus*.

PESCATORE, perchè a prima vista seduce la differenza ch'egli fa tra il caso di scelta spettante al debitore (obbligazione unica) e quello in cui la scelta appartenga al creditore (pluralità di obbligazioni elettivamente concorrenti). Ma la distinzione è puramente speciosa, come ha dimostrato in modo, mi sembra, inoppugnabile, il RYCK (1). Dire che l'obbligazione è unica se la scelta è del debitore, perchè allora il creditore non ha che *una azione* da concepirsi in modo alternativo, e quindi altresì un *unico* apparato esecutivo (*Zwangsapparat*) mentre per la ragione affatto opposta sono più le obbligazioni qualora spetti al creditore la scelta, significa esagerare la funzione, certo notevolissima, della scelta stessa, la quale si capisce che serva a risolvere l'alternativa, ma non si intende come possa influire sull'essenza dell'obbligazione. Sono inoltre l'azione e il modo di esecuzione che si determinano secondo la natura del diritto da far valere, e non viceversa, come porterebbe la tesi del PESCATORE. Finalmente si verrebbe a questa strana risultanza, che *in executivis* l'obbligazione unica si convertisse in pluralità di obbligazioni atteso il principio del Diritto giustinianeo, dallo stesso PESCATORE riconosciuto, che se il debitore avente la scelta persiste nell'inadempimento così da doversi incoare lo stadio esecutivo, la scelta in questo stadio passa al creditore. Bando adunque in siffatta materia agli ecletismi: o vedere sempre nell'alternativa una pluralità di obbligazioni, od attenersi, come noi facciamo, alla teoria più comune che l'obbligazione sia unica, teoria la quale ha per sè un'autorità di gran peso per chi è chiamato a commentare il Codice francese od uno dei suoi derivati, quale il nostro, intendo dire l'autorità del POTHIER (2).

Importanti corollarî scendono dal principio che nell'alternativa si hanno due o più cose (meglio prestazioni) *in obligatione*, comprese cioè disgiuntivamente in un unico vincolo obbligatorio. Accenniamoli :

1°) L'obbligazione non è che in apparenza alternativa, riducendosi in fondo ad un'obbligazione semplice quando una sola fra le più prestazioni presenti i caratteri che vedemmo richiesti per l'oggetto delle obbligazioni in generale. Dice l'Art. 1179 : « L'obbligazione è semplice, quantunque contratta in modo alternativo, se una delle due cose promesse non poteva formare oggetto dell'obbligazione ». Così p. es. se una delle due prestazioni promesse è impossibile, riguarda cosa *extra commercium* od è illecita. Ma bisognerà badar bene

(1) *Op. cit.*, § 43, pag. 210-211.
(2) POTHIER, *Op. cit.*, n. 246, pag. 62.

che sotto l'apparenza dell'alternativa non si celi un'obbligazione con clausola penale, chè in simil caso va applicato l'Artic. 1210, per cui « la nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale ».

Tizio per esempio conviene con Caio che o lo aiuterà nell'esercizio del contrabbando (prestazione illecita) o gli darà mille lire. Il decidere se questa obbligazione, apparentemente alternativa, resti in piedi come obbligazione semplice avente per oggetto la prestazione delle lire mille, o non piuttosto cada del tutto quale obbligazione illecita voluta rafforzare mediante clausola penale, spetterà al magistrato, che si regolerà secondo che dalle circostanze risulta che le parti conoscessero o no la illiceità di una delle prestazioni. Criterio questo che mi par preferibile a quello indicato da alcuni autori, come il PACIFICI-MAZZONI ed il GIORGI (1), secondo i quali l'obbligazione dovrebbe restare in piedi come obbligazione semplice se le due prestazioni formino alternativamente obbietto dell'obbligazione come principali o indipendenti l'una dall'altra, mentre dovrebbe cadere del tutto l'obbligazione se la prestazione illecita era nell'intendimento principale delle parti. Simile criterio è troppo vago, seppure non si risolve in una petizione di principio, perchè dà come chiave per la risoluzione del quesito ciò che costituisce l'oggetto del quesito stesso. La vera norma da suggerire al giudice mi par quella dianzi indicata, perchè quando la illiceità di una delle prestazioni era nota alle parti, ne rimane *ab origine* inquinata tutta intera l'obbligazione anche in quella prestazione adunque di per sè lecita che fu posta, per così dire, nell'altro piatto della bilancia. Viceversa è troppo assoluto il LAROMBIÈRE, che senza distinguere caso da caso afferma recisamente l'assoluta nullità dell'obbligazione quand'uno degli oggetti di essa sia contrario alla legge, ai buoni costumi o all'ordine pubblico (2). Ciò è in troppo aperto contrasto coll'Art. 1179 (1192 del Cod. francese) che stiamo commentando, articolo che va bensì contemperato con la norma del 1210 (1227 del Cod. francese) ma non già sacrificato ad essa senz'altro.

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istituz. di Dir. civ.* IV (3ª ediz., Firenze, Cammelli 1886), n. 27, pag. 38-39 e GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV (4ª ediz., Firenze, Cammelli 1895), n. 421, pag. 476. Citano poi e l'uno e l'altro la l. 12 D. de verb. oblig. 45, 1, che proprio nulla ha a che fare con l'argomento. Piuttosto poteano invocare la l. 129 § 1 D. de reg. iur. 50, 17 di PAOLO: « quum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent ».

(2) LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. III, sull'Art. 1192 Cod. fr. n. 2, pag. 232. Lo riporto testualmente: « Lorsqu'une des choses promises ne peut être le sujet de l'obligation, parce qu'elle est prohibée par la loi contraire aux

2°) Il creditore, salvo che a lui spetti la scelta, non può domandare in giudizio una delle prestazioni, ma deve formulare la domanda di tutte in modo disgiuntivo.

3°) Prima che sia fatta la scelta non si può sapere, dato che l'obbligazione contempli alternativamente prestazioni di varia natura, quale cioè riflettente cose mobili, quale cose immobili, quale divisibile, quale no, se sia appunto mobiliare o immobiliare, divisibile o indivisibile la ragione di credito.

4°) Fino a che la scelta non è avvenuta, essendo tutte le cose *in obligatione*, benchè una sola dovuta, non avviene passaggio di proprietà di nessuna delle cose stesse, posto che trattisi appunto di alternativa fra più prestazioni di dare. E ciò perchè la proprietà non può essere che un diritto sopra cosa determinata, e qui ne sarebbe ancora incerto l'oggetto. Impropriamente dunque sarebbe qui invocato l'Art. 1125 (1138 Cod. fr.), secondo il quale nei contratti aventi per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per solo effetto del consenso legittimamente manifestato.

C'è invece chi ritiene che il creditore divenga subito proprietario della cosa con cui si effettuerà in definitiva la prestazione e precisamente proprietario sotto la condizione sospensiva che la scelta cadesse appunto sopra quella tal cosa (1). La scelta, dicono, è sempre la condizione sospensiva, da cui dipende il concretizzarsi dell'obbligazione quanto all'oggetto: ora è regola che la condizione sospensiva retrotrae il suo effetto al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (Art. 1170, conf. all'Art. 1179 Cod. fr.): beninteso, si soggiunge, che in confronto ai terzi l'effetto della traslazione di proprietà è subordinato, trattandosi di immobili, alla trascrizione. Esempio. Tizio si obbliga a darmi o il fondo *a* o certe gioie a mia scelta: Io divento subito proprietario del fondo e delle gioie sotto la condizione sospensiva della scelta: laonde se questa cadrà sulle gioie si considererà ch'io ne abbia acquistata la proprietà

---

bonnes moeurs ou à l'ordre public, il ne faut pas croire que, dans ce cas, l'obligation devienne pure et simple. Elle doit être déclarée nulle pour le tout à raison du vice qui infecte sa cause même ».

(1) Così per esempio DEMOLOMBE, cit. *Cours* etc. T. XXVI n. 19, pag. 16-18. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil* (continuazione del DEMANTE dall'Art. 980 in poi, T. V (Paris, Plon 1883) n. 115 *bis*, VI, pag. 183-184.

sino dal dì del contratto, e così del fondo se lo preferisce, ma in quest'ultima ipotesi il trapasso è operativo di effetti verso i terzi solo nel caso e dal giorno in cui sia avvenuta la trascrizione. Ma qui è arbitrariamente invocato il concetto di condizione senza badare alle intrinseche differenze che intercedono fra l'obbligazione alternativa e la condizionale, mentre, come vedremo, in un solo caso l'elemento condizionale si intreccia all'alternativa, ed è quando la scelta spetta ad un terzo.

C'è chi ammette l'opinione testè combattuta solo quando la scelta spettasse al creditore; si dice che appunto in forza dell'arbitrio a lui consentito, egli è divenuto proprietario *ab initio* della cosa che sceglie e verso la quale potè subito indirizzarsi la sua intenzione (1). Ma questo sarebbe, io rispondo, un *propositum in mente retentum*, per sè stesso improduttivo di giuridici effetti: sia pure che scegliendo egli non faccia che rivelare cosa determinata nell'animo suo sin dal principio, resta pur sempre che di una scelta non estrinsecata, ma fatta solo mentalmente, il Diritto non può tener conto. L'opinione da noi abbracciata (2) ha per sè, oltre a tutto, la dichiarazione esplicita del Bigot-Préameneu oratore del governo dinanzi al Corpo legislativo su questa parte del Codice francese. Ecco le sue parole: « Lorsque l'une ou l'autre de deux choses a été promise, il y a incertitude sur celle des choses qui sera délivrée au créancier, et de cette incertitude il résulte qu'aucune propriété n'est transmise au créancier que par le paiement de l'une des choses. Jusqu'alors cette propriété reste sur la tête.... du débiteur » (3).

Va da sè che è profonda la diversità delle risultanze pratiche secondo si adotti l'uno o l'altro principio. Per noi, rimanendo fino al momento della scelta proprietario il debitore, la vendita ch'egli faccia anteriormente alla scelta di una delle cose ad un terzo è pienamente valida, tuttochè quel terzo sapesse trattarsi di cosa dedotta nell'obbligazione

---

(1) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. IV (6e édit., Paris, Delamotte 1866) sull'Art. 1194 n. 587 pag. 478.

(2) La sostengono pure Toullier, *Le Droit civil français*, T. III, (Bruxelles, Wahlen 1817, corrispond. al T. VI dell'ed. franc.), n. 695, pag. 465, Larombière, *Op. e Vol. cit.*, sull'Art. 1138 n. 18, T. I, pag. 457 e sugli Art. 1193-1194, n. 2, T. III, pag. 334, Laurent, *Principes* XVII, n. 221, pag. 234-236, Vigié T. II, n. 1363 citato in *Pandectes françaises*, v° *Obligations*, Vol. I, n. 1517, pag. 198, Bellavite, *Op. cit.*, pag. 78-80, Giorgi, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 436, pag. 492-494.

(3) Fenet, XIII, pag. 246. Va rettificata però l'asserzione che solo coll'effettiva prestazione (paiement) di una delle cose ne avvenga il trapasso di proprietà, mentre invece basta all'uopo la determinazione di essa mediante la scelta, fatta che sia in modo da essere irretrattabile. Cfr. Laurent, *Op. e Vol. cit.*, n. 221, pag. 236.

alternativa, nè potrà il creditore, se pure a lui competea la scelta, dichiarare che voleva quella tal cosa, sì da perseguitarla con la *rei vindicatio* (ammissibile pur trattandosi di mobili quando il terzo sia di mala fede, Art. 1126) nelle mani di quell'acquirente. Egli avrà solo azione contro il proprio debitore, pretendendo o la cosa rimasta o il valore di quella da lui alienata (arg. dagli Art. 1180, 1181). Parimenti chi accolga la nostra opinione concluderà che in caso di fallimento del debitore il creditore non ha verso di lui che un'azione personale e dovrà correre la sorte degli altri creditori, mentre gli avversari, considerandolo proprietario *ab initio* della cosa su cui cade la scelta, gliene accorderanno la rivendicazione dalla massa del fallimento (1).

41. A meglio precisare la figura giuridica dell' alternativa contrapponiamovi altre specie di obbligazioni più o meno affini. Anzitutto conviene ben bene distinguerla dalla cosidetta *obbligazione facoltativa*, che meglio chiameremo obbligazione semplice accompagnata da una *facultas alternativa*, sembrando che quella espressione racchiuda una contraddizione *in adiecto*. È il caso di chi è tenuto ad una prestazione sola, ma gli è data tuttavia facoltà di liberarsi dal vincolo obbligatorio mediante una prestazione diversa. Ce ne porge esempio il Codice in quei due soli casi in cui ammette rescindibilità per lesione (Art. 1038 capov. comb. coll'Art. 1042 e Art. 1529 comb. coll'Art. 1534). La rescissione del contratto di vendita immobiliare effettuata per meno della metà del giusto prezzo, ecco la sola cosa che il venditore può esigere ed alla quale il compratore ha obbligo di prestarsi, ma poi a quest' ultimo è data la facoltà di evitare, se così gli piaccia, quella grave conseguenza prestando invece al venditore il supplemento al giusto prezzo: dicasi lo stesso nel caso di lesione oltre il quarto occorsa in una divisione ereditaria. Non sono qui dunque *duæ vel plures res in obligatione*, bensì una sola, ma oltre ad essa ve ne ha una o più altre *in facultate solutionis*. Ciò stante avremo conseguenze diametralmente opposte a quelle segnalate nell' alternativa quali corollarî della massima ch'essa presenta

---

(1) Veggansi alcuni degli autori dianzi citati e De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 188, pag. 239.

duæ vel plures res tutte comprese nel vincolo obbligatorio. Quindi p. es. si potrà immediatamente decidere, desumendolo dalla natura dell' unica prestazione dovuta, se l' obbligazione sia mobiliare o immobiliare, divisibile o indivisibile; quindi si dirà senz' altro nulla l' obbligazione se l' oggetto di essa non presenti tutti gli estremi già da noi studiati, e ciò anche se li presenti per avventura l'altro oggetto posto *in facultate solutionis.* Notevole è pure la differenza nei riguardi della sopportazione del rischio e pericolo. Qualora cioè la cosa fortuitamente perisca, l'obbligazione si estinguerà tosto se è obbligazione semplice accompagnata da *facultas alternativa*, sia pure che sopravviva la cosa dedotta *in facultate solutionis*, mentre se delle due o più cose dovute nell' alternativa una sola rimane, essendo le altre fortuitamente perite, sovr' essa si concentra l' obbligazione (Art. 1180). Tuttociò per applicazione delle regole sul caso come causa di estinzione delle obbligazioni, regole che verranno in seguito illustrate.

In taluni casi può apparire dubbio se trattisi di obbligazione alternativa, o di semplice *facultas alternativa*, ed allora il vederne disciplinato dalla legge qualche effetto in uno od altro modo guiderà alla decisione. Esempio. La collazione delle donazioni immobiliari ricevute dal comune ascendente può essere fatta dal discendente ai propri coeredi in due modi, o in natura o per imputazione, a sua scelta. È questa un'obbligazione alternativa vera e propria, o si tratta di semplice *facultas alternativa?* Esaminando quella parte del Codice che alla collazione si riferisce, ci imbattiamo nell'Art. 1012, il quale dice: « L' immobile che è perito per caso fortuito e senza colpa del donatario non è soggetto a collazione ». Ebbene, ecco un testo di legge che ci soccorre a risolvere il quesito nel senso che non trattisi di obbligazione alternativa, perchè se fosse tale, perito fortuitamente uno degli oggetti dedotti in obbligazione, questa non cesserebbe, ma si concentrerebbe nell'altra prestazione.

Se si volesse istituire un raffronto fra queste due figure giuridiche di obbligazioni con più oggetti e corrispondenti figure giuridiche di obbligazioni con più subbietti, diremmo che l' alternativa richiama alla mente l' obbligazione solidale

passiva (1) e la obbligazione semplice accompagnata da una *facultas alternativa* si può accostare invece al caso dell'*adiectus solutionis causa,* cioè dell'obbligazione in cui è designata oltre al creditore un'altra persona come autorizzata a ricevere il pagamento, dato che ad essa voglia il debitore effettuarlo.

Un caso elegante e di molta importanza pratica, nel quale si vede il succedersi dell'una figura giuridica all'altra, e precisamente all'obbligazione alternativa tener dietro e concatenarsi un'obbligazione semplice con facoltà alternativa, parmi doversi ravvisare nel § 264, 1° comma del nuovo *Codice germanico* (2). Tradotto, questo § suona così: « Se il debitore cui compete la scelta non la effettua prima che cominci l'esecuzione forzata, il creditore può dirigere l'esecuzione a sua scelta sopra l'una o sopra l'altra prestazione; tuttavia fino a che il creditore non abbia ricevuta in tutto o in parte la prestazione da lui scelta, il debitore può liberarsi dal suo obbligo mediante una delle altre prestazioni ». Se dunque il debitore persista nella mora, tanto che il creditore arrivi allo stadio esecutivo, per non rendere frustraneo il suo diritto di credito bisogna pure trasferire a lui il diritto di scelta, sicchè egli *in executivis* agisca per realizzare o l'una o l'altra delle prestazioni promessegli. Però, anche dopo iniziata l'esecuzione verso l'oggetto oramai scelto dal creditore e nel quale pertanto l'obbligazione si è concretata trasformandosi in obbligazione semplice, è data al debitore esecutato la *facultas alternativa* di liberarsi mediante altra delle prestazioni comprese già nell'obbligazione alternativa, e ciò sino a che il creditore non abbia in tutto o in parte realizzata la prestazione da lui scelta. — Non so se anche da noi si potrebbe, nel silenzio della legge, essere tanto benevoli verso il debitore da concedergli ancora *in executivis* simile facoltà alternativa. Ma d'altra parte troppo rigida e priva di ogni appoggio legale mi pare l'opinione che ammette possibile la perdita del diritto di scelta del debitore tostochè egli cada in mora, e ciò autorizzando il giudice o a deferire la scelta al creditore o ad esercitarla da sè medesimo in luogo dei contraenti (3). Non solo la mora, ma nemmeno il giudizio di dichiarazione nè la sentenza con cui il giudizio stesso si chiude fanno perdere al debitore il diritto di scelta, chè e il petito del creditore, e la sentenza di condanna del debitore devono contemplare alternativamente le varie

---

(1) Il che però non va preso alla lettera. Cfr. Chironi, cit. *Istituz. di Dir. civ.*, II, § 262, pag. 16.

(2) Cf. Stammler, *Op. cit.*, § 38, pag. 138.

(3) Così fra noi il De Filippis, *Corso completo di Dir. civ. it. comparato,* Vol. V (Napoli, De Pascale 1875) n. 207, pag. 152, e dietro di lui il Giorgi, *Op. e Vol. cit.*, n. 427, pag. 482.

prestazioni (1). È solo nel giudizio di esecuzione che sorge la necessità di dirimere l'alternativa, agendo per realizzare questa o quella prestazione, e che quindi la scelta passa al creditore. Ma basti di siffatto argomento al quale siamo stati trascinati, antecipando cose che dovranno esplicarsi più innanzi, dall'attrattiva di un caso tipico, inquanto si prestava a mettere in rilievo le differenze e i nessi pur possibili fra obbligazioni alternative e facoltà alternative.

42. Dall'obbligazione condizionale profondamente si distingue l'alternativa, perchè mentre nella prima è incerta, sinchè la condizione pende, la esistenza (cond. sospensiva) o la persistenza (cond. risolutiva) dell'obbligazione, nell'alternativa invece l'obbligazione è sin dal suo nascere certa e solo dipende dalla manifestazione di volontà, consistente nella scelta, che mediante questo o quell'oggetto la si adempia. E poichè unica è l'obbligazione, unico il vincolo, riflettente bensì in modo alternativo più oggetti (v. s. n. 40, pag. 108-109), sarebbe errato il dire che siamo in presenza di due obbligazioni, la esistenza di una delle quali è condizionata alla esistenza dell'altra (2).

Senonchè se trattisi di obbligazione contrattuale alternativa, ove la scelta sia stata demandata ad un terzo, l'elemento condizionale entra come sospensivo della stessa obbligazione: in altre parole sussisterà o no l'obbligazione secondochè il terzo vorrà e potrà effettuare la scelta deferitagli o no. Lo si argomenta dall'Art. 1454, relativo alla determinazione del prezzo nella vendita. Leggiamolo nella parte che ci interessa: « Il prezzo nella vendita debb'essere determinato e specificato dalle parti. Può peraltro rimettersi all'arbitrio di un terzo scelto dalle parti nell'atto della vendita.... Se la persona scelta nell'atto non vuole o non può fare la dichiarazione del prezzo la vendita è nulla ». Orbene, viene più che naturale l'analogia nel caso nostro, ove le parti si sono rimesse all'arbitrio del terzo non per precisare il prezzo ma per precisare la cosa onde l'obbligazione ha da adempiersi. E però anche in tal caso diremo nullo il contratto se il terzo non vuole o non

---

(1) § 33 *Inst. Iust. de act.*, 4, 6. Cfr. pure Windscheid, *Pandekten*, Vol. I § 125, nota 11, pag. 360 e Vol. II, § 255 testo e nota 11, pag. 18.

(2) Cfr. Carnazza, *Op. cit.*, n. 11, pag. 25 e n. 15, pag. 36.

può scegliere: conclusione già sancita dalla l. 141 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 di GAIO. Diversa è la cosa in tema di legati, dove (argomentando dall' Art. 872, relativo al legato di cosa indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie con facoltà di scelta rimessa ad un terzo) vige il principio che « ricusando il terzo la scelta, o non potendolo farla per morte o per altro impedimento, essa viene fatta dall' autorità giudiziaria. Quale la ragione di questa diversità di trattamento fra il caso di obbligazione contrattuale e quello di obbligazione derivante da testamento, come è l' obbligo incombente all' erede di pagare il legato? Si invoca il principio « voluntates testantium sunt plenissime interpretandae »; in omaggio cioè alla sacra volontà del defunto devono le disposizioni sue intendersi sempre « potius ut valeant quam ut pereant ». Onde anche il Diritto romano, che vedemmo dichiarare nulla l'obbligazione contrattuale alternativa se il terzo non effettua la scelta a lui deferita, in analoghe circostanze serba invece forza al legato, bensì deferendo la scelta al legatario stesso, anzichè all' autorità giudiziaria (l. 3 § 1 Cod. comm. de leg. et fideicomm. etc. 6, 43). Della differenza può addursi anche un'altra ragione: il contratto è opera concorde di ambe le parti; si può dunque dire *imputet sibi* il creditore se lo stipulò concedendo di rimettere la scelta ad un terzo, che poi non vi si presta. Il legatario invece, se per ciò il legato cadesse, verrebbe a soffrire per effetto di una circostanza, nella quale non ha avuta nessuna parte. Del resto non sono mancate censure al principio dell' Art. 1454 (donde si è argomentata la nullità del contratto ove il terzo non effettui la scelta), parendo di gran lunga preferibile la massima sancita dall' Art. 60 del Codice di commercio, per cui se il terzo eletto per determinare il prezzo della vendita non vuole o non può accettare, le parti devono procedere a nuova nomina, la quale vien fatta dall' autorità giudiziaria ov' esse non si accordino (1).

---

(1) Così N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni* (Lanciano, Carabba 1895), pag. 249, nota 86.

43. Vediamo finalmente le differenze che intercedono fra le obbligazioni alternative e le *generiche*. Come già il nome lo indica, sono tali quelle obbligazioni nelle quali le cose o prestazioni dovute sono considerate soltanto con riguardo alle loro qualità generiche, specificate cioè soltanto nel genere e non come individui. Nelle alternative invece ciascuna cosa o prestazione è considerata specificatamente ed individualmente (1). Tale l'obbligazione di dare un cavallo, cento ettolitri di vino, e simili. Quanta sia l'affinità fra queste due categorie di obbligazioni è evidente, tanto che Papiniano giunse sino a costruire giuridicamente le generiche come alternative fra tutti gli individui compresi in quel dato genere, il legato p. es. di uno schiavo come alternativo fra tutti gli schiavi esistenti (2). Ma questa costruzione, per quanto seducente, non deve trarre in errore, nè far dimenticare le differenze di caratteri e di effetti fra le due categorie di obbligazioni in discorso, differenze che accenneremo fra breve.

Intanto osservo che, quantunque d'ordinario si tengano presenti le sole obbligazioni di dare quando si parla di obbligazioni generiche, cadono tuttavia sotto lo stesso concetto anche obbligazioni di fare, cioè di prestare delle opere in genere. Ce lo insegna Giuliano nella l. 54, § 1 D. de verb. obl. 45, 1: « Operarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur, et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit ».

(Esemplifichiamo ciò che si contiene nell'ultima parte del citato passo. Ci sono due persone eredi in parti uguali di Tizio, a cui Caio aveva promesse dieci giornate di lavoro; come se gli avesse promesse dieci moggia di grano la divisione del credito seguirebbe fra i due eredi col criterio del numero, idest diritto a cinque moggia per ciascuno, e non col trasferire a ciascun d'essi la proprietà indivisa per quote uguali sulle dieci moggia, così pure qui si seguirà tal criterio, cioè diritto a cinque giornate di lavoro per ciascuno degli eredi predetti.

---

(1) Bellavite, *Op. cit.*, pag. 75-76.

(2) l. 66, § 3, D. de legat. 2 (XXXI). Ma circa la portata precisa di questa legge, eventualmente più ristretta di quella che a prima vista apparirebbe, cfr., fra altri, Ryck, *Op. e Vol. cit.*, pag. 213.

Ora la grande differenza dalle alternative sta in ciò, che, mentre nell' alternativa per essere ciascuna prestazione individuata sin dall' origine le *duæ vel plures res* sono tutte *in obligatione*, ciò non si può dire rispetto alle generiche, perchè, appunto per la mancanza della predetta individuazione, ciò che si trova *in obligatione* non è già la cosa *a*, la cosa *b*, la cosa *c*, ecc. ma bensì il *genere*. Dal che discende che, mentre l' alternativa non può certo eseguirsi col prestare cosa che era già proprietà del creditore quando l' obbligazione sorse, sia pure che più non lo sia al momento in cui la si adempie, il principio opposto deve valere trattandosi di obbligazione generica. Esempio: Tizio promette di darmi o il cavallo *a* o il cavallo *b* a sua scelta. Ma si constata poco dopo che versavamo in errore rispetto al cavallo *a*, ch' esso cioè era già mio in allora, nè poteva quindi formar oggetto di quel contratto d' acquisto. Allora che cosa avviene giuridicamente? Ciò che già altra volta notammo illustrando l'Art. 1179: l'obbligazione apparentemente alternativa vale come obbligazione semplice avente per unico oggetto il cavallo *b*, come se di questo soltanto si fosse fatta parola fra le parti. E poichè è regola che non si può dare *aliud pro alio* contro volontà del creditore, ne viene che, se per successivi eventi il cavallo *a* avesse cessato di esser mio e fosse realmente divenuto proprietà di Tizio, mio debitore, nel momento in cui l' obbligazione scade egli non potrebbe adempierla col darmi, se così gli piaccia, il cavallo *a*, perchè, ripeto, esso non ha potuto *ab origine* entrare nell' alternativa, nè posteriori eventi possono variare questo stato di cose. Supponiamo invece che Tizio mi avesse promesso di darmi genericamente un cavallo: egli potrà benissimo a scadenza soddisfare l' obbligazione dandomi un oggetto di quel genere che fosse stato mio quando l' obbligazione sorse, purchè tale più non sia al presente. Su di ciò mi basterà rinviare alla l. 72 § 4 D. de solut. et liberat. 46, 3 di Marcello.

Profonde sono pure le differenze sempre derivanti dal sovresposto principio per quanto riguarda il fortuito perimento. Antecipando per un istante nozioni che meglio svilupperemo altrove, notiamo che, se trattisi di alternative dove tutte le

prestazioni sono *ab initio* individuate, dato che tutte le cose casualmente periscano senza che il debitore sia in mora, il debitore stesso è assolto da ogni obbligo, ma non perde tuttavia il diritto alla controprestazione pattuita (nella vendita dunque al prezzo) (Art. 1182, 1298). Quando invece siamo in tema di obbligazioni generiche, o si tratta di un genere talmente lato che di perimento fortuito è assurdo il discorrere (obbligazione di dare un cavallo), oppure questo perimento, data la limitazione del genere contemplato, è possibile, ed allora, come si vedrà a suo tempo, si estingue bensì l'obbligazione pel debitore del *genus*, ma anche il creditore a sua volta, per non essere stata ancora individuata la cosa da prestarsi, è liberato dalla controprestazione promessa.

13 *bis*. Se tale e tanta è la diversità di effetti secondochè l'obbligazione è generica od alternativa, sarà della maggiore importanza il distinguere caso per caso se ricorra l'una o l'altra figura giuridica. Nè la cosa è tanto semplice come si potrebbe credere a prima vista, perchè si domanda quali sono i limiti del concetto di *genere*, il che ci porta in piena filosofia.

Escluso pure il *summum genus* dei filosofi (una pianta, un animale), che, come altra volta si è detto, non può per la soverchia sua estensione ed indeterminatezza formar oggetto di obbligazione, il quesito sorge poi nella direzione opposta, cioè per istabilire quale è l'estremo limite delle determinazioni ammissibili senza che scompaia per esse il concetto di *genus*. Esempio: Io ti vendo cento litri di vino. L'obbligazione è generica. E se preciso che sia vino rosso? Resterà tale ancora. E se dico per di più che trattasi di vino veronese, e se tra il veronese ulteriormente specifico dichiarando di vendere cento litri di Valpolicella? Sarà ancora obbligazione di genere. Ma *quid* se, restringendo il campo ancor più, si parli di cento litri di quel Valpolicella che in numerose botti conservo nella mia cantina? La questione fa venire alla mente la famosa prima epistola del Libro II di Orazio a proposito del numero di crini necessarî a formare la coda di un cavallo o dei grani che occorrono per poter parlare di un monte di grano *(acervus)*, dove, continuando a levare via via delle unità,

vien fatto di domandare sino a che punto perduri il concetto della coda o del mucchio.

Or ecco ciò che i filosofi ci insegnano in proposito. In ogni individuo, in ogni ente c'è non soltanto ciò che gli appartiene in proprio e lo contraddistingue pertanto da ogni altro individuo esistente, ma ci sono anche qualità che esso ha comuni con gli altri. Orbene, in base ai caratteri che la esperienza ha fatto conoscere come i più importanti, si fanno le classi di individui. Il gruppo che risulta immediatamente dalla riunione di individui aventi comuni i caratteri essenziali più prossimi (passi la parola) è detto *specie*, e quando poi noi facciamo sopra un certo numero di specie il lavoro che abbiamo fatto sugli individui, riunendole in un gruppo in considerazione dei loro caratteri comuni, questa classe superiore porta il nome di *genere*, e se noi ricominciamo questo lavoro sopra un certo numero di generi per formare un gruppo anche più elevato, questo gruppo porterà ancora il nome di *genere*, ma i generi ch'esso ha riunito sono detti specie rispetto ad esso. E così via. Si vede dunque che le due denominazioni genere e specie, non sono assolute che alle due estremità di una classificazione: *genere* animale, *specie* cane levriero: fra questi due estremi le due denominazioni sono correlative; una classe non si chiama genere che per rapporto alle specie che la compongono e non si chiama specie che per rapporto al genere di cui essa fa parte (1). Ripetiamo che in questa scala gerarchica il nome *assoluto* di genere spetta al primo gradino, mentre invece non si potrà più dire genere, ma specie, l'ultimo gradino, ove sta un gruppo che non si decompone in ulteriori gruppi, ma in singoli individui. Ebbene, giova avvertire che anche questa, ch'è in senso stretto specie e non genere per i filosofi, cade invece nel concetto di genere per i giuristi, e conseguentemente generica è l'obbligazione che la riguarda, es. l'obbligo di dare un cane levriero. I giuristi chiamano invece obbligazione di specie quella che ha per

---

(1) Cf. specialmente *Dictionnaire de sciences philosophiques* (2e édit., Paris 1875) v. *Généralisation* e *Genre*.

oggetto determinati individui; es. l'obbligazione di dare il tale cane si dice, dietro i Romani, che ha per oggetto una *species*. Il Codice nostro però in più luoghi prende specie come sinonimo di genere (es. Art. 840, 1248)). Ma anche ammessa in confronto ai filosofi questa estensione nel concetto di genere e conseguentemente di obbligazione generica, sta sempre che lo stesso gruppo minimo, quello detto dai filosofi specie, rappresenta una classazione fatta in base a caratteri essenziali comuni. A stretto rigore invece non si dovrebbe parlar più di genere e di obbligazione generica, quando il concetto del gruppo, da cui dovrà trarsi l'oggetto mediante il quale adempiere l'obbligazione, risulta da circostanze estrinseche e non dall'intrinseca natura degli enti in quel gruppo raccolti. Esempio: L'obbligazione ha per oggetto la prestazione di cento litri del vino che si trova in una data cantina, ovvero una delle opere di una biblioteca, o uno dei cavalli che si trovano nelle scuderie di Tizio. Salvo il caso, per fermarci al primo esempio, che il vino di quella cantina rappresenti tutto quello che esiste di quella data specie (è il solo coltivatore, suppongasi, che conservi Valpolicella di cinquant'anni fa), salvo questo caso, non si può a rigore parlare di genere; l'obbligo di dare un ettolitro di quel vino è obbligo di dare una parte di un tutto bene individuato e individuato per la circostanza accidentale del luogo ove è riposto, non già di dare un individuo appartenente ad un genere. Abbiamo qui un'obbligazione che ha realmente assai più dell'alternativa che della generica, con questo solo di speciale che la specificazione degli oggetti coi quali adempiere l'obbligo si effettua mediante un'operazione di peso, numero o misura, destinati a scernere dal tutto la parte con la quale soddisfare il debito (1). Eppure questa circostanza del modo speciale onde l'individuazione dell'oggetto dovrà effettuarsi ha influito talmente sull'animo del legislatore, da indurlo ad agguagliare questo caso, in quanto riguarda il pericolo delle cose cadute in contratto, al caso di vere e proprie obbligazioni generiche. Lo si desume

---

(1) V. Brinz, cit. *Pandekten*, II. Bl. I Abth., § 241, pag. 99 e segg.

dagli Art. **1450**, **1451**, che contemplano le due diverse ipotesi di vendita di mercanzie in massa *(per aversionem)*, ovvero invece a peso, numero e misura. S' intende fatta la vendita in massa quando le cose sono state alienate per un solo e certo prezzo senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura; esempio: ti vendo per diecimila lire tutto il vino che c' è nella mia cantina, tutto il frumento del mio granaio, e così pure se al peso, numero, misura si abbia riguardo al solo effetto di determinare la quantità del prezzo stesso; esempio: ti vendo tutto il vino della mia cantina a venti lire l' ettolitro. In tal caso la vendita è come se risguardasse un oggetto singolo, è immediatamente perfetta, donde la conseguenza che tosto il pericolo passa all' acquirente, giusta le norme che più estesamente verranno esposte nel Titolo consacrato agli effetti delle obbligazioni e del loro inadempimento. Quando si tratta invece di vendita a peso, numero o misura (tanti metri di quel panno, tanti chilogrammi dello zucchero esistente in un dato deposito, tante botti delle molte contenute in quella cantina), la vendita non è perfetta sinchè non sia seguita la numerazione, la pesatura, la misurazione, operazioni che qui servono per individuare l' oggetto della prestazione, e non semplicemente, come nell' esempio recato dianzi, per poter determinare l' importo complessivo del prezzo. Ebbene, è appunto questo il caso che, per ciò che riguarda il fortuito perimento, il Codice tratta come se si fosse in presenza di un' obbligazione generica: infatti esso dispone che, finchè le cose non siano state numerate, pesate o misurate la vendita non sia perfetta inquanto esse stanno a rischio e pericolo del venditore. È il principio stesso del Diritto romano (1). Se p. es. un' inondazione porta via tutto il vino della cantina prima che fra le tante botti si fossero designate le dieci da consegnare a me compratore, l' obbligazione è estinta pel venditore, ma io a mia volta sono esonerato dall' obbligo di pagare il prezzo. Però in pratica si badi bene di esaminare caso

---

(1) l. 35 § 7 D. de contrah., emt. 18, 1, l. 1, § 1, l. 5, l. 14 § 5 D. de peric. et comm. rei vend. 18, 6.

per caso la vera volontà dei contraenti, perch'essi avrebbero potuto accennare al vino contenuto in quella cantina solo *demonstrationis* e non già *taxationis causa*, e allora l'obbligazione persisterebbe per ambedue le parti.

Fin qui, inquanto si è trattato di contrapporre le generiche, come figura a sè di obbligazioni, alle alternative, ho dovuto tener presenti le alternative dove le prestazioni disgiuntivamente contemplate sono di *species*. Ma ora osservo che l'una o l'altra delle prestazioni contemplate nell'alternativa od anche tutte possono a loro volta, anzichè di una *species*, essere di un *genus*. Esempio ti darò *un* cavallo o *il mio* anello, *un* cavallo o *un* bue. Riuscirà allora facile la combinazione dei principi propri di queste due categorie di obbligazioni (l'alternativa e la generica), che assieme si intrecciano (1).

41. Ora che si è precisato il concetto delle obbligazioni alternative per via di raffronto con altre categorie di obbligazioni, torno ad esse per brevi istanti, allo scopo di soffermarmi sul fatto della scelta importantissimo in siffatte obbligazioni come quelle per cui si viene ad individuare l'oggetto col quale estinguere il debito. L'essenziale dunque è di sapere a chi la scelta compete. Risponde l'Art. 1178: « La scelta appartiene al debitore se non è stata espressamente concessa al creditore », ovvero io aggiungo, rimessa ad un terzo. Ma meglio ancora si potrebbe dire, adottando la formula del primo progetto del Codice civile germanico, abbandonata nella seconda lettura e nella relazione definitiva (2), che la scelta appartiene al debitore *se non è determinata altrimenti dalla legge o dal negozio giuridico*. Perchè infatti può anche darsi che in un'obbligazione alternativa si trovi dalla legge assegnata la scelta al creditore anzichè al debitore. Ce ne fornisce

(1) Cfr. Hasenöhrl, *Das oesterreichische Obligationenrecht*, I Bd. (Wien, Braumüller 1881), § 15, pag. 201.

(2) § 207: « steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, *wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist* ». Il § 219 della II Lesung e il § 262 del Codice giungono in sostanza allo stesso risultato dicendo che la scelta *nel dubbio* spetta al debitore (« steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu »).

l' esempio l' Art. 1415 capov. inquanto, sciolto il matrimonio per morte del marito, accorda alla moglie (creditrice) la scelta fra l'esigere durante l'anno del lutto i frutti e interessi della dote e il farsi somministrare invece per il tempo anzidetto gli alimenti dall' eredità del marito. Ma perchè poi, salvo che altrimenti stabilisca la legge o l' atto costitutivo dell' obbligazione, la scelta deve spettare al debitore piuttostochè al creditore? Perchè il diritto di scegliere è una nuova ragione, un vantaggio di più che il debitore verrebbe altrimenti a conseguire contrariamente all'Art. 1137, per cui « nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato ed in favore di quello che ha contratto l' obbligazione », norma dettata veramente pei contratti, ma che ragion vuole si estenda alle obbligazioni tutte, da qualunque causa derivino: « semper in obscuris quod minimum est sequimur » (1).

Senonchè sarebbe ragionevole che potesse il diritto di scelta spettare al creditore se anche non fu *espressamente* dichiarato nell' atto costitutivo, qualora ciò discendesse ugualmente dalle circostanze o dagli usi. Ma a così intendere la cosa pure *de iure condito,* come sostenne taluno di fronte all'Art. 1190 del Codice francese, identico al 1178 del nostro (2), resiste la chiara locuzione del testo. Certo è molto meglio considerata la cosa in tema di legati alternativi, dove l'Art. 874 dice: « la scelta *si presume* lasciata all' erede », ch'è il debitore del legato. *Si presume iuris tantum,* è ammessa cioè la prova in contrario, desumibile dalle circostanze o dal contesto dell'atto, se anche il testatore non ha detto espressamente di concedere la scelta al legatario (creditore).

Il diritto di scelta non esercitato da chi vi ha diritto si trasmette ai suoi eredi od aventi causa trattandosi di obbligazioni contrattuali, e ciò per applicazione dell'Art. 1127 che

---

(1) l. 9 D. de reg. iur. 50, 17 di Ulpiano.

(2) Cfr. Demolombe, *Op. e Vol. cit.*, n. 38, pag. 34, Larombière, *Op. cit.* T. III, sull' Art. 1190 n. 2, pag. 316. **Contra** Laurent, *Op. cit.*, T. XVII, n. 235, pag. 247-248. Ciò solo che può, anzi deve ammettersi è che non abbisogni nessuna formula sacramentale.

studieremo a suo luogo. (Nei legati alternativi l'Art. 875 parla di trasmissione del diritto di scelta ai soli eredi).

Quand' è che la scelta ha l' effetto definitivo di concentrare l' obbligazione sopra uno solo dei più oggetti contemplati nell' alternativa? Il nostro Codice tace affatto di ciò nella Sezione che tratta dell' obbligazione alternativa. In materia invece di legati alternativi, all' Art. 875 si legge: « La scelta fatta è irretrattabile ». Ora questo principio è troppo razionale perchè non lo si abbia da estendere a tutte le obbligazioni alternative. Però rimane la questione: quando si dirà fatta la scelta, sicchè non ci sia più luogo a quel *ius variandi* intorno a cui tanto discutono in questa materia i romanisti? Dal momento, io rispondo, in cui sia stata notificata alla controparte, se ad una delle parti spettava la scelta, ad entrambe se la scelta era rimessa ad un terzo. Molto opportunemente questo principio è dichiarato dal § 699 del *Codice sassone*. Anche il nuovo *Codice germanico* dà peso alla notifica, dichiarando al § 263 « La scelta ha luogo mediante dichiarazione fatta alla controparte » (1): omette però il caso di scelta spettante ad un terzo, che pure era stato contemplato nell' originario Progetto (2). Parimenti meritano di essere seguite le massime dal *Codice sassone* accolte al § 700, che cioè la scelta si debba considerare ormai fatta anche quando il debitore cui essa spettava abbia effettuata la prestazione, sia pure parziale, di una delle cose dedotte nell' obbligazione, o il creditore la abbia accettata, se a lui competeva la scelta, sia pure in parte, o dal momento in cui sia stata notificata al debitore la citazione per ottenere una delle cose predette (3).

Quanta sia l' importanza del precisare il momento in cui

---

(1) « Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile ».

(2) § 208 e § 212 capov. della *I Lesung*, dal Codice sassone diverso soltanto in questo che vi si riteneva sufficiente per la irretrattabilità della scelta la notifica ad una sola delle parti.

(3) Analogamente il citato primo progetto (*I Lesung*) del Codice civile germanico, § 208 cap., salvo che non vi si prevedeva il caso della citazione.

la scelta diviene irrevocabile è evidente, chi pensi che da allora le prestazioni su cui la scelta non cadde escono dall' obbligazione, la quale rimane semplice, onde p. es. da quel momento in poi la cosa scelta sta a rischio e pericolo del compratore, tenuto a pagarne il prezzo, ov'essa perisca, senza poter pretendere altra delle cose già dedotte nell' alternativa e tuttora sussistente.

Suolsi dare come eccezione alla regola che la scelta fatta è irretrattabile il caso di prestazioni alternative periodiche (1). È il caso contemplato nella l. 21 § 6, D. de act. emti 19, 1 di Paolo: « Qui domum vendebat excepit sibi habitationem donec viveret, aut in singulos annos decem, emtor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare; Trebatius ait mutandae voluntatis potestatem eum habere, singulisque annis alterutrum praestare posse, et quamdiu paratus sit alterutrum praestare petitionem non esse ». Ma fu giustamente osservato che questa non può qualificarsi come una vera eccezione al predetto principio perchè « in tale obbligazione vi sono tante obbligazioni alternative quanti sono gli anni stabiliti, e quindi ogni anno le parti si trovano in faccia ad una obbligazione integra alternativa con la medesima libertà di scegliere » (2). Ciò potrà riuscire incomodo alla parte cui non compete la scelta, normalmente dunque al creditore; abbia cura pertanto la parte interessata di far dichiarare nell'atto costitutivo la irretrattabilità del modo adottato per la prima prestazione in riguardo a tutte le prestazioni successive. Nulla esclude che tale volontà possa risultare tacitamente dalle circostanze.

45. Poche parole sopra una categoria di obbligazioni meritevoli di particolare considerazione, quelle cioè aventi per oggetto danaro. Vero debito pecuniario in senso stretto è quello soltanto che ha per oggetto una somma di danaro senza riguardo alla materia *(forma pubblica percussa)* che funziona

(1) Cfr. per esempio Bellavite, *Op. cit.*, pag. 86, benchè poi ne dia la vera ragione, che è tale da escludere si tratti qui di una eccezione nel vero e proprio senso della parola.

(2) De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 194, pag. 245.

da moneta legale (1). *Non corpora sed quantitas* si ha in esso di mira (2). Resta tuttavia debito pecuniario anche il caso in cui assieme alla somma sia stata pure determinata la specie metallica: per es. ti presto mille lire da restituirsi in oro. Dove invece non si ha che un debito pecuniario in un senso assolutamente improprio gli è quando oggetto di esso non è una somma, ma un determinato numero di monete di una determinata specie: p. es. ti presto e tu mi dovrai restituire venti napoleoni d'oro. Le singole monete vanno considerate in questo caso come altrettante cose fungibili, la cui quantità e qualità, come si spiegherà meglio in seguito, vogliono essere misurate unicamente dall'istante in cui ebbe nascimento l'obbligazione (3). Si potrebbe proporre esclusivamente per questa specie il nome di debiti monetarî. Finalmente il carattere di debito pecuniario sfuma interamente nel caso in cui l'oggetto dell'obbligazione consista in singole monete in ispecie, p. es. nel caso di un deposito, di un comodato. Allora il debito è di cosa determinata nella sua individualità cioè di quei precisi *corpora nummorum* (4). Vedremo a suo tempo gli effetti proprî a ciascuna di queste categorie di obbligazioni aventi per oggetto prestazioni di danaro.

---

(1) BOLAFFIO, *Alcune note sui debiti monetari* (estr. dalla *Giurisprudenza italiana*, Torino, Unione 1893), n. 1, pag. 3.

(2) l. 1, D. de contrah. emt. 18, 1.

(3) SCHUPFER, *Corso di Diritto romano — Il Diritto delle obbligazioni* (Padova, Sacchetto 1868), pag. 15-16.

(4) cit. SCHUPFER e BOLAFFIO.

Capitolo IV

MODALITÀ EVENTUALI NELLE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO

46. Oltre ai requisiti essenziali fin qui esaminati, l'obbligazione può presentarsi accompagnata da modalità accidentali; delle più importanti è pur necessario fare cenno perchè influiscono sugli effetti dell'obbligazione, all'esame dei quali potremo dire di trovarci completamente preparati solo dopo aver discorso anche di questi elementi accidentali. Sono tali la condizione, il termine, il modo, che possono trovarsi del resto anche in altri atti giuridici diversi dalle obbligazioni (p. es. nei testamenti). Ond'è lodevole il sistema di quegli autori (pandettisti) e di quelle legislazioni che ne trattano nella Parte generale, assai più di quello del Codice nostro, che, imitando il francese, pone sotto il titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere quanto riguarda la nozione e le specie della condizione e del termine. Della nozione del modo poi non si occupa particolarmente il Codice, benchè ad esso alluda, specie in tema di donazioni, coll'espressione di *oneri* o *pesi*. Siffatte modalità accidentali sono dette anche *determinazioni*

accessorie degli atti giuridici (1) e sta bene, inquanto si intenda con ciò che trattasi di *autolimitazioni* (2) che hanno il loro scopo e il loro fondamento nella dichiarazione del volere diretta a porre in essere quel dato negozio, anzichè questa dichiarazione del volere tragga da simili modalità il suo fine e il suo fondamento (3). Ma del resto il nesso di siffatte modalità o determinazioni colla dichiarazione principale di volontà è un nesso organico (4), così da potersi considerare quasi consustanziate colla dichiarazione stessa. Ciò si rivela in modo più che mai spiccato nella condizione, tanto che il Fitting e l'Unger trovano di doverla escludere per questo dal novero delle determinazioni accessorie (5), il che non ci par necessario, una volta precisato il senso di questa espressione *(determinazioni accessorie)* nel modo testè detto. Osserva poi giustamente il Pernice che ciò che logicamente riunisce, quali specie di uno stesso genere, queste tre modalità e le differenzia da altre clausole o modalità accessorie (p. es. la determinazione del luogo di pagamento) è ch'esse fanno dipendere da un avve-

---

(1) Così p. es. questa espressione (*Nebenbestimmungen*) compare nel Codice sassone (I Th., IV Abth., III, 3) e da essa pure si intitolano talune monografie sull'argomento, come quella del Scheurl, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften* in *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts*, II Bd., II. Heft (Erlangen Deichert 1871) e del Borgna, *Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie negli atti giuridici* (Cagliari, Timon 1891).

(2) *Selbstbeschränkungen des Willens*, le dicono il Savigny, cit. *System* III, § 116 e passim (trad. Scialoja, pag. 118) ed altri come il Ryck, *Op. e vol. cit.*, pag. 220. Il Windscheid parla di *Selbstbeschränkungen der Wirkungen der Rechtsgeschäfte*, *Pandekten*, I, § 86, pag. 231.

(3) Ryck, *loc. cit.*: «Die Willenserklärung hat nicht in der Selbstbeschränkung, sondern die Selbstbeschränkung in der Willenserklärung ihren Zweck und Grund».

(4) Scheurl, *Op. cit.*, § 1, pag. 2, Siméon, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts* (Berlin, Heymann 1889) § 1, pag. 1.

(5) Fitting, *Ueber den Begriff der Bedingung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, XXXIX (1856) (pag. 305-350), n. 4, pag. 308-309, Unger, *Op. cit.*, Vol. II. (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1876) § 82, nota 3 pag. 56 e segg. **Contra** Borgna, *Op. cit.*, pag. 18.

nimento l' esistere o il pieno operare giuridico dei negozî a cui si accompagnano (il loro *se*, *quando* e *come*) (1).

Il concetto fondamentale sopra accennato designa altresì la differenza essenziale che sussiste fra tali determinazioni accessorie di un' obbligazione e le obbligazioni accessorie contrapposte alle principali. Di due obbligazioni l' una dev'essere considerata come principale e l' altra come accessoria allorchè la prima è il fondamento su cui poggia la seconda (2). Tale p. es. la fideiussione in rapporto all' obbligazione che serve a guarentire. Orbene, in questi casi abbiamo due obbligazioni da considerarsi pur sempre separate e distinte, anche se stiano fra loro nel rapporto in cui sta il satellite verso il proprio pianeta, e non già un' obbligazione unica nella quale quel tale elemento, tuttochè accessorio, entri qual membro di un tutto organico (3), sì da formarne oramai parte integrante. Al che si connette, quasi come corollario, quest'altra differenza: normalmente l' obbligazione accessoria è tale che si fa valere quando non si consegua l' adempimento della principale: così nell' esempio testè recato della fideiussione, così se trattisi di una clausola penale. Invece le determinazioni accessorie, di cui stiamo per occuparci, sono altrettanti fattori esse stesse dell' esatta realizzazione del rapporto obbligatorio voluto.

47. I) Condizioni. Condizione *in senso tecnico* è un avvenimento futuro ed incerto, da cui gli autori dell' atto (le parti dunque, se trattisi di contratto, il disponente se di testamento) fanno dipendere in tutto o in parte la esistenza o la risoluzione del negozio giuridico (4).

Condizione è pur detta la clausola dell' atto giuridico concernente quell' avvenimento. Esempio: Ti prometto mille lire se mio figlio prenderà moglie: si dice condizione tanto l' avvenimento del matrimonio di mio figlio quanto l' aggiunta fatta alla promessa per subordinarla al verificarsi del matrimonio predetto.

---

(1) Pernice, *Op. e Vol. cit.*, pag. 8.

(2) Aubry-Rau, *Op. cit.*, Vol. IV, § 304, pag. 91. Vedi pure De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 328, pag. 339.

(3) Cfr. Scheurl, *loc. cit.*

(4) Cfr. Bellavite, *Op. cit.*, pag. 6.

Ho detto essere questo il concetto di condizione in senso tecnico, chè tal parola trovasi usata altresì come sinonimo di *requisito* (es. le condizioni di un valido contratto sono queste e queste) ovvero di *clausola* di un contratto (es. ho conclusa la vendita del mio fondo alle tali condizioni). Nella definizione poi ho messo in rilievo, cosa che non si legge nell' Art. 1157 del nostro Codice, che deve trattarsi di avvenimento incerto e futuro, da cui *gli autori stessi dell'atto* fanno dipendere la sorte del negozio avuto di mira. Dunque non sono condizioni proprie nel senso che ci interessa quegli avvenimenti, siano pure futuri ed incerti, da cui la legge stessa o la natura delle cose fanno dipendere che l'atto sorga e si attui, e che diconsi *condiciones iuris.* Esempio: la sopravvivenza del beneficato in un testamento per poter conseguire il lascito è una di queste condizioni voluta dalla legge: il maturarsi delle messi nella vendita del futuro raccolto è pure una condizione simile derivante dalla natura delle cose, sottintendendosi fatta la compera come *emtio rei speratae* purchè e per quel tanto che la cosa venga a sussistere, anzichè come *emtio spei* (esempio classico la compera di un determinato trarre di reti, *iactus retis*). Siffatte condizioni, *quae tacite inesse videntur,* anche se espresse non rendono il contratto (o il negozio in genere) condizionale.

L' avvenimento dev' essere futuro ed incerto, ed ha fatto bene il nostro legislatore a porre questi due requisiti (Art. 1157), scostandosi in questa parte dal Codice francese, il quale all' Art. 1181 qualifica sospensiva anche la condizione consistente in un avvenimento già succeduto quando l' obbligazione sorge, ma soltanto ignorato dalle parti. Il principio nostro è conforme al Diritto romano, che non ammetteva come vere condizioni quelle *quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur* (1), le quali nulla infatti lasciano in sospeso, tanto che lo stesso Codice francese nel citato articolo dice che allora « l' obligation a son effet du jour ou elle a été contractée ». Oltrechè futuro, l'avvenimento dev' essere incerto: se è certo che avverrà, tuttochè si ignori quando (es. se Tizio morrà),

(1) § 6, Inst., *de verbor. obligat.* 3, 15.

potrà parlarsi di termine, ma non già di condizione. Ora delle condizioni si fanno varie categorie ch'è d'uopo indicare.

18. Quanto all'effetto che producono sul rapporto giuridico, sono sospensive o risolutive. Dalla sospensiva dipende che il negozio giuridico abbia vita, dalla risolutiva che cessi di averla.

Per verità nella dottrina molto si discute per decidere su ciò che ha da intendersi condizionato nella sospensiva, se il volere stesso o gli effetti dell'atto. Ma io mi tengo dispensato dall'entrare nella questione e altresì dal porgere sovr'essa indicazioni bibliografiche, sia perchè il tema attiene alla Parte generale del Diritto civile, sia perchè la credo più che altro una logomachia. Ha ragione chi dice che esiste subito un negozio giuridico se si allude all'*esistenza immediata di un volere condizionato*, che sarà capace di produrre, come tale e in quanto è tale, certe conseguenze giuridiche: ma ha altrettanta ragione chi dice che solo dall'avverarsi della condizione dipende che abbia vita il negozio giuridico, se si intende che solo allora si ha quel tal negozio giuridico dalle parti divisato e che solo allora esso produrrà (lasciamo poi stare se con effetto retroattivo o no) le conseguenze giuridiche proprie di quella categoria di atti alla quale appartiene.

L'Art. 1157, che in sostanza concorda col 1168 del Codice francese, chiama condizionale l'obbligazione in ambedue i casi. Ora ciò è comunemente censurato, riscontrandosi che nel caso di condizione risolutiva non può dirsi condizionata l'obbligazione, ma bensì la risoluzione di essa, ciò che ben compresero i giureconsulti romani col parlare in tale ipotesi non già di un negozio condizionale, sibbene di un *negotium purum quod sub condicione resolvitur* (1). Ma d'altra parte fu giustamente osservato che sarebbe erroneo il concepire la condizione risolutiva come una convenzione nuova aggiunta ad un'obbligazione principale pura, dovendo il negozio considerarsi nella sua inscindibile intierezza. Vi ha cioè chi a torto concepisce il rapporto in modo, che l'aggiunta della condizione risolutiva rappresenti p. es. in un contratto un altro contratto reciproco, o inverso che dir si voglia al prin-

---

(1) l. 2 pr. D. de in diem addict. 18, 2. Cfr. pure l. 3 D. de contrah. emt. 18, 1 e l. 1 D. de lege commiss. 18, 3. Tutti e tre questi passi sono dovuti ad ULPIANO.

cipale e stipulato sotto condizione sospensiva. Una vendita sotto condizione risolutiva importerebbe così una ricompera sotto condizione sospensiva. Che all'avverarsi della condizione si venga in sostanza a simili risultati, sia pure, ma ciò non condurrà intanto, finchè la condizione pende, a concepire il rapporto a quel modo, autorizzando fin d'allora ciascuna parte a considerarsi, secondo che più le torna comodo, contraente in un negozio sotto condizione risolutiva (compratore) o contraente con opposta veste (venditore) di un contronegozio sotto condizione sospensiva. Il vero si è che abbiamo un negozio unico, in cui è condizionato il perdurare, anzichè il sorgere di quel dato rapporto giuridico, e che la combattuta teorica disconosce in questa parte la profonda differenza, che ho avuto cura di segnare nel numero precedente, fra obbligazioni accessorie ad un'obbligazione principale e determinazioni accessorie di un'unica obbligazione (1).

Il precisare se la condizione sia dell'una o dell'altra specie ha grande importanza specialmente nel riguardo della sopportazione dei rischi. Si vedrà infatti a suo luogo che, se perisce la cosa dovuta pendente la condizione sospensiva, il rischio sta a carico del debitore della cosa (es. del venditore) alias nel caso di condizione risolutiva (la cosa perisce a carico del compratore). Ora il decidere su di ciò è questione di interpretazione di volontà. Generalmente adottata è la massima che *in dubbio* si debba ritenere la condizione piuttosto risolutiva che sospensiva (2). Una circostanza che certamente po-

---

(1) Il concetto combattuto nel testo è invece sostenuto dal MAYNZ, *Cours de Droit romain*, T. I (4e édit., Bruxelles, Bruylant-Christophe 1876), § 36, pag. 469-470, contro del quale veggasi particolarmente BORGNA, *Op. cit.*, pag. 135 e segg., il quale nota come già il LEIBNITZ nella sua *Doctrina condicionum* accennasse a quel concetto stesso, per cui la distinzione fra sospensive e risolutive non avrebbe ragion d'essere, tutto dipendendo dal punto in cui ci si colloca nell'esaminare il rapporto. (Il BORGNA dà però inesatta citazione del MAYNZ, rinviando al § 290). Veggasi pure nel nostro ordine di idee GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 301, 302, pag. 345-349.

(2) **Contra** CHIRONI, cit. *Istituz.*, Vol. I, § 64, pag. 105, il quale sostiene doversi nel dubbio presumere la sospensiva, perchè erroneamente argomenta dall'Art. 1453, generalizzandolo. Erronea generalizzazione rim-

trà avere gran peso è l' essersi data o no esecuzione al rapporto obbligatorio, l' essere p. es. già stata consegnata o no al compratore la cosa. Se questo avvenne, si avrà un forte argomento pel carattere risolutivo della condizione, dovendosi presumere che, qualora non fosse stata certa la efficacia attuale del rapporto, si sarebbe indugiata la consegna dell'oggetto (1). Però ripetiamo che da ciò si può trarre niente più che una presunzione, e non già un' assoluta certezza, potendo pur essere *indubbiamente* sospensiva la condizione e tuttavia essere avvenuta detta consegna: quella circostanza, abbiam detto, soccorrerà *nel dubbio*. Va poi ricordato come ci siano dei casi nei quali la legge stessa ebbe cura di determinare se una data condizione è sospensiva o risolutiva. Se ne ha esempio negli Art. 1452, 1453, posti sotto il Titolo della vendita. Il 1452 dispone: « Quanto al vino, all' olio ed alle altre cose delle quali si usa fare l' assaggio prima della compra, non vi è contratto di vendita finchè il compratore non le ha assaggiate e riconosciute della qualità pattuita ». E il successivo contempla il caso in cui siasi stipulato il patto di precedente assaggio, il quale non veniva da sè, secondo gli usi, come nell' ipotesi dell'Art. 1452, e dichiara che allora « la vendita *si presume* fatta sotto condizione sospensiva. Si presume: chi dunque è interessato a sostenere simile assunto trovasi assistito dalla legge, ed è chi lo oppugna che deve fornire del proprio asserto la prova. Periscono fortuitamente i cavalli ch' io aveva comperati, ma a prova, durante il periodo della prova stessa. La perdita sarà sopportata dal venditore, salvo ch'egli dimostri che la vendita si era conclusa sotto condizione risolutiva.

Quando si tratta di contratti bilaterali, nei quali i contraenti si obbligano reciprocamente l' uno verso l' altro a date

---

proveratagli dal GIANTURCO, *Sistema di Dir. civ. it., Parte Generale* (2ª ediz., Napoli, Pierro 1894), pag. 181 nota 2. Ma il Gianturco a sua volta sostiene in questo proposito idee che non mi sembrano giuste, come ho cercato di provare in una lunga recensione del suo libro inserita nel *Monitore dei Tribunali* del 1896 (estratto, pag. 18-19).

(1) Cfr. GIORGI, *Op. e Vol. cit.* n. 303, pag. 349, che si richiama al THIBAUT.

prestazioni, si ha sempre, anche se il contratto non ne fa cenno, una condizione risolutiva (che dicesi tacita) pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione (Art. 1165). La studieremo a suo luogo: qui basta rilevare ch'è il solo caso in cui non quadra a rigore quanto abbiamo notato nel definire la condizione in senso tecnico, che cioè essa non debba essere posta dalla legge, ma procedere da una dichiarazione degli autori dell'atto. Senonchè taluno a questo proposito osserva che la legge si fa qui interprete della volontà delle parti (1).

Quanto alle cause da cui dipende l'avveramento del fatto che forma oggetto della condizione, questa distinguesi in potestativa, casuale e mista. *Potestativa* se il fatto è tale, che l'avveramento di esso dipende dalla volontà del creditore o del debitore (se si sposerà, se farà il tal viaggio, ecc.), *casuale* se dipende da evento fortuito o dall'arbitrio di un terzo (se Tizio contrarrà matrimonio), *mista* se l'avveramento ne dipende dalla volontà di una delle parti e da cause indipendenti dalla loro volontà (es. se l'uno dei contraenti sposerà una data persona o contrarrà società d'affari con Tizio). A questa distinzione si riferisce l'Art. 1159.

Quanto alla natura del fatto che deve avverarsi per l'adempimento della condizione, questa è *positiva*, se si richiede che avvenga un fatto il quale muti comunque lo stato attuale di cose (esempio che Tizio si sposi), *negativa* se si richiede che non avvenga un fatto simile. Quindi per decidere se la condizione è dell'una o dell'altra specie, non si baderà alle parole onde è significata, bensì al contenuto di essa. La condizione di continuare a convivere coi proprî genitori è, p. es., negativa, benchè espressa in forma positiva, come viceversa rimarrebbe positiva la condizione di contrarre matrimonio anche se indicata con la locuzione negativa di non restar celibi.

49. Importantissima è la distinzione delle condizioni in possibili e impossibili, lecite e illecite. *Impossibile* è la condizione che contempla un avvenimento che non può assoluta-

(1) Cfr. Bellavite, *Op. cit.*, pag. 9.

mente verificarsi. Impossibilità che può essere *naturale* o *giuridica,* secondochè dipende dalla natura stessa delle cose o da una norma di Diritto positivo che escluda persino l'ipotesi che quel dato avvenimento si verifichi. Sarebbe condizione *quae natura impleri non potest,* per recare un esempio fontale, quella di toccare il cielo colle dita; sarebbe condizione *quae iure impleri non potest* quella di emancipare un figlio non diciottenne.

Illecita è la condizione contraria ai buoni costumi o alla legge, nel quale ultimo caso non ricadiamo, come si potrebbe credere a primo aspetto, nella ipotesi della impossibilità giuridica testè esemplificata; trattasi invero di un fatto che può ben verificarsi, ma è tale che la legge condanna, esempio il contrabbando. Merita poi di essere rilevato come un avvenimento per sè stesso lecitissimo possa originare una condizione illecita, se apposto come vincolo alla libertà individuale di una delle parti. Esempio. Il non contrarre matrimonio è cosa lecitissima, può anzi, secondo l'opinione altamente rispettabile di molti, rappresentare uno stato di perfezione, quando l'uomo celibe o la donna nubile sappia vivere in castità. Ma diventa invece illecita la condizione apposta ad un negozio giuridico che non si abbia a contrarre matrimonio. Così la qualifica in termini generali l'Art. 850, posto bensì nel Titolo delle successioni, ma applicabile anche alla materia delle obbligazioni, sia per la generalità onde è espresso, sia perchè non ci sarebbe ragione di distinguere (1). Ma senza dilungarci nell'esame delle condizioni singole che debbano considerarsi o no lecite, vediamo quale è il valore e l'effetto delle condizioni impossibili o illecite nei giuridici negozî a cui sono annesse, istituendo all'uopo un parallelo fra i contratti e gli altri negozî giuridici.

L'effetto delle condizioni impossibili o illecite varia secondochè sono aggiunte ad un contratto o ad una donazione, ovvero invece ad una disposizione testamentaria. (Debbo men-

---

(1) Si consulti sull'argomento RAMPONI, *Le condizioni di celibato e di vedovanza nei testamenti e nei contratti (Art. 850 del Codice civile)* (Firenze, Niccolai 1893). Adde BELLAVITE, *Op. cit.,* pag. 11, testo e nota 2.

zionare a parte le donazioni, perchè il nostro Codice, a differenza di altri, come l'austriaco, non la pone fra i contratti, lasciamo stare se a ragione o a torto). Infatti mentre nei testamenti simili condizioni *vitiantur, non vitiant*, si hanno cioè come non apposte (Art. 849), invece *vitiant*, e non semplicemente *vitiantur*, nei contratti e nelle donazioni (Art. 1065, 1160). Il *Codice francese* differisce dal nostro inquanto assimila in ciò donazioni e testamenti, dichiarando e nelle une e negli altri nulla l'aggiunta di simili condizioni, anzichè nullo per essa l'atto (Art. 900), mentre solo nei contratti secondo quella legislazione (Art. 1172) le condizioni impossibili o illecite *vitiant*. In questo argomento merita pure di essere riferito quanto dispone il *Codice austriaco*. Per esso, senza distinzione alcuna, e testamenti e contratti, fra i quali quel Codice annovera, lo vedemmo, le donazioni, cadono se fatti sotto una condizione sospensiva illecita od impossibile (§§ 698, 897). Illustriamo con esempi questo diverso trattamento nelle tre diverse legislazioni. Io convengo con Tizio che gli affitterò il mio fondo se sarà capace di volare (impossibilità naturale) o se emanciperà suo figlio decenne (impossibilità giuridica) o se eserciterà il contrabbando (condizione contraria alla legge) o l'usura (condizione contraria ai buoni costumi). Sotto tutte e tre le legislazioni questo contratto di locazione è nullo. Alle stesse condizioni io dono quel fondo a Tizio: la donazione è nulla pel Codice nostro, nulla pel Codice austriaco, valida pel Codice francese, che considera invece come non apposta la condizione. Finalmente sotto la stessa condizione sospensiva io nomino nel testamento Tizio legatario di quel fondo, il lascito è nullo pel Codice austriaco, valido invece pel Codice francese e pel nostro, secondo i quali pertanto Tizio acquisterà alla mia morte il lascito come se fosse puro e semplice.

Ora io trovo che in siffatta materia il Codice austriaco è più razionale del nostro ed a fortiori del francese, parendomi giusto che anche le disposizioni testamentarie cadano, come cadono i contratti e le donazioni, se subordinate a condizioni simili. Non dovrebb'essere lecito infatti di scindere la volontà del disponente, il quale avea manifestato che il lascito solo allora dovesse valere, quale espressione del voler suo, quando quel

tale fatto fosse avvenuto. Va bene la massima che le disposizioni dei defunti si debbono quant'è più possibile tenere in piedi, interpretandole *potius ut valeant quam ut pereant*, ma *est modus in rebus*, cioè l'interpretazione larga deve arrestarsi quando per essa non più si verrebbe all'attuazione di ciò che sostanzialmente il testatore ha voluto, ma piuttosto si va contro la sua volontà. Quando, p. es., vedemmo ed approvammo la disposizione del Codice per cui, se la scelta in un legato alternativo è stata rimessa ad un terzo e questi non può o non vuole effettuarla, scelga l'autorità giudiziaria, si era in cospetto di una modalità in fondo secondaria, questa della scelta: ciò che era definitivo nell'animo del disponente era che o con uno o con altro oggetto il legatario venisse beneficato, ed è certo conforme alla presunta volontà di lui che l'autorità giudiziaria, spassionata quanto mai, surroghi in tale scelta il terzo che non possa o non voglia effettuarla. Invece nel caso di cui stiamo occupandoci la condizione è tale che fa corpo, per così dire, colla disposizione. Nè si dica a giustificare la differenza fra contratti e donazioni da un lato e testamenti dall'altro, che nel testamento, opera del solo ereditando, non c'è che da punire lui solo, che ha aggiunta la condizione impossibile o illecita, il che si otterrà cassando la condizione stessa, mentre invece nei contratti e donazioni, opera concorde di entrambe le parti, entrambe vanno punite con l'annullare l'atto. Ognuno vede infatti quanto sia antigiuridica questa idea di punire il defunto col far trionfare una volontà che non può dirsi la sua, dal momento che la si stacca dalla condizione a cui la aveva egli subordinata. Oltre a tutto più che al defunto la pena, giacchè di pena si vuole impropriamente discorrere, è agli eredi legittimi che la si infligge se trattisi di istituzione ereditaria, agli eredi in genere se di legato condizionale. Nel primo caso gli eredi legittimi, che sarebbero i chiamati a raccogliere l'asse, si vedranno postergati all'istituito nel testamento, benchè questi, cassata la condizione, non possa dirsi chiamato nè dalla legge, nè dalla volontà dell'ereditando; nel secondo caso si colpiscono pur sempre gli eredi, che devono pagare il legato. Onde la pena riuscirà aberrante.

Eppure questa diversità di trattamento fra contratti e testamenti ha vecchie e salde radici nella storia del Diritto. Rimonta al Diritto romano, dov'era sostenuta dai Sabiniani, mentre i Proculeiani volevano che tanto nei contratti quanto nei testamenti simili condizioni viziassero l'atto. E fu precisamente l'opinione dei primi che prevalse (1); ma lo stesso Gaio, ch'era sabiniano, dice che non si saprebbe dare una ragione persuasiva di quella differenza accolta dalla sua scuola: et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (2). Questa ragione che lo stesso Gaio non sa rendersi, risiedeva forse nell'importanza che i Romani annettevano al non morire intestati, anche per assicurare la continuazione dei *sacra domestica*. Cessato dunque anche tale motivo, nulla più sostiene la distinzione romana, e però ben fece il Codice austriaco repudiandola per attenersi all'opinione proculeiana, malissimo il Codice francese estendendola anche alle donazioni con l'agguagliarle ai testamenti.

La inscindibilità del volere condizionato e la conseguente irrazionalità del disposto dell'Art. 849 Cod. civ. sono poste in rilievo da vari civilisti, fra cui ricordo il Gianturco (3). Ma sovrattutto notevole si è che pur fra romanisti illustri si è formata una corrente che tende a limitare nella materia testamentaria l'applicazione della massima che le condizioni impossibili o illecite *vitiantur, non vitiant*. Ricordo in questo senso il Buonamici e lo Scialoja (4), il quale ultimo vuole anzi esteso anche al vigente nostro Diritto le osservazioni da lui fatte per il Diritto romano, asserendo formulato in modo troppo lato la norma dell'Art. 849.

Merita poi di essere rilevato un caso di condizione reputata illecita, dove tuttavia il Codice austriaco segue anch'esso il principio romano: riguarda la condizione di non contrarre matrimonio. Infatti il § 700 di quel Codice dispone: «La condizione che l'erede o il legatario, anche

(1) § 10 Inst. de hered. instit. 2, 14, l. 3 D. de condit. et demonstr. 35, 1 di Ulpiano, § 11 Inst. de inutil. stipul. 3, 19, l. 31 D. de obligat. et act. 44, 7 di Marciano, oltre al passo citato nella nota che segue.

(2) Gai. Comm. III, 98.

(3) Gianturco, *Op. e Vol. cit.*, § 51, pag. 176 e § 53, pag. 182.

(4) Buonamici, *Nota al § 10 Inst. de hered. inst. (II, 14)* in *Bullettino dell'Istituto di Dir. romano*. VIII (1895), pag. 31-35, Scialoja, *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti*, e su entrambi Ferrini, in *Archivio giuridico*. LV (1895), pag. 509.

dopo pervenuto alla maggior età non contragga matrimonio, si ritiene per non aggiunta. (Deve adempire questa condizione soltanto il vedovo o la vedova che abbia uno o più figli. La condizione che l'erede o il legatario non contragga matrimonio con una determinata persona può validamente imporsi) ». Invece aggiunta ad un contratto, una condizione simile lo annulla (§ 898).

Il nostro Codice agli Art. 1065, 1160, relativi alle condizioni impossibili o illecite nelle donazioni e nei contratti, mostra di aver presenti solo le condizioni sospensive. Anche sotto questo aspetto meritano preferenza quei Codici, come l'*austriaco* (1) ed il *sassone* (2), che si occuparono pure espressamente delle risolutive. L'austriaco p. es. nel § 698, contenente le norme sulle condizioni impossibili o illecite nei testamenti, fra altro dichiara: « La condizione impossibile risolutiva si ha per non aggiunta. Queste regole valgono anche per le condizioni illecite ». Poi il § 897 dice applicabili generalmente alle condizioni nei contratti quanto vale per le condizioni nei testamenti, ma nel successivo paragrafo soggiunge: « Le convenzioni fatte sotto quelle condizioni che negli atti di ultima volontà si ritengono per non aggiunte sono nulle » (3). Da noi, nel silenzio della legge, diremo che in un'obbligazione una condizione risolutiva impossibile è come non aggiunta: tant'è l'obbligarsi puramente e semplicemente quanto l'obbligarsi aggiungendo che, se avverrà un fatto impossibile, il negozio si risolva. In generale dovrebbe valere lo stesso per le condizioni illecite. Pure fu giustamente osservato che « questo principio non può avere un'assoluta applicazione. Imperocchè se, allo scopo di evitare la conseguenza della nullità della convenzione a causa della condizione immorale, le parti si servono della forma risolutiva, il contratto sarà certamente nullo. Se a qualcuno p. es. si promette cento sotto la condi-

---

(1) §§ 698, 897, 898.

(2) § 880 comb. col § 109 e [illegible] 885.

(3) Ma contro l'interpretazione letterale di questo paragrafo, da cui risulterebbe nullo il contratto anzichè nulla la condizione se questa è impossibile, veggasi particolarmente BURCKHARD, *System des österr. Privatrechts* (Wien, Manz 1884), § 88, pag. 332 e segg., e gli autori ivi citati.

zione sospensiva se commetta una cosa illecita od immorale, il contratto sarà nullo per la condizione immorale; se per contravvenire a questa regola uno promettesse ad un altro cento, ma aggiungendo la condizione risolutiva se non commetta un'azione illecita ed immorale, la convenzione sarà del pari nulla, perchè, sebbene risolutiva, l'azione che deriva da tale condizione è immorale od illecita » (1).

Detto delle condizioni impossibili od illecite, che, se apposte come sospensive, annullano l'obbligazione, dobbiamo accennare che invece si hanno per non aggiunte (onde l'obbligazione tiene) le condizioni *necessarie*, concernenti cioè fatti il cui avveramento non può mancare (esempio la condizione che, giunto il figlio alla età maggiore, cessi la patria potestà): sono dunque l'opposto delle impossibili; *per loro intrinseca natura* non lasciano nulla in sospeso, onde si rivelano come condizioni solo apparenti. È pure tale la condizione che non avvenga l'impossibile (es. che Tizio non emancipi suo figlio finchè non avrà compiuti i diciotto anni). Il nostro Codice ha creduto opportuno di accennarvi all'Art. 1161, così concepito: « La condizione di non fare una cosa impossibile non rende nulla l'obbligazione contratta sotto la medesima ». Quindi si può dire che, se ad un contratto è apposta quale sospensiva una condizione impossibile, il contratto è uno scherzo, se una condizione necessaria è uno scherzo la condizione.

30. A compiere il quadro delle diverse specie di condizioni, accenniamo, benchè non abbia poi molta importanza (2), alla loro divisione in *promiscuae* e non *promiscuae*, della quale è cenno nella l. 11 § 1 D. de condit. et demonstr. 35, 1 di PAOLO. Promiscua è la condizione riflettente un fatto ch'è suscettibile di volontaria ripetizione, onde sorgerà il quesito, eventualmente risolubile in vario modo secondo la diversa natura del negozio giuridico, se quel fatto abbia da rinnovarsi perchè la condizione possa dirsi adempiuta, quantunque fosse

---

(1) DE CRESCENZIO, *Op. cit.*, n. 333, pag. 270, dietro il SAVIGNY e il VANGEROW.

(2) BORGNA, *Op. cit.*, pag. 139.

seguìto già prima della conclusione del negozio. Viceversa non promiscue sono le condizioni quando si riferiscono a fatti una sola volta verificabili.

51. II. Termine *(dies)*. Il termine apposto ad un atto giuridico è il momento a partire dal quale è fissato che debba cominciare, o fino al quale è fissato che debba durare un rapporto di diritto. Nel primo caso si ha il termine *primordiale (dies a quo)*, nel secondo caso il termine *finale (dies ad quem)*.

Il termine può essere fissato in modo diretto sulla base del calendario o di una ricorrenza altrimenti determinata, ma stabile (es. il giorno del mio compleanno), ovvero connesso ad una circostanza di cui è certo l'avvèrarsi, incerto solo il momento (es. quando Tizio morrà). Nel primo caso si ha il *dies certus an et quando*, nel secondo il *dies certus an incertus quando* (1). É inteso che nel parlar qui del termine espressamente aggiunto all'atto (si dirà altrove di quello tacito), alludiamo al termine puro, che non contiene cioè alcuna condizione, perchè appunto ciò che segna la differenza fra il *dies* e la condizione si è che il *dies* nulla rende incerto quanto al rapporto giuridico, nè il suo sorgere, nè il suo perdurare (2). Si tratti pure, per esempio, di termine estintivo o finale (*ad quem*). Esso si distinguerà bene dalla condizione

(1) Cfr. fra tanti, Savigny, *Sistema*, III (trad. Scialoia), § 125, pag. 268 e segg. Serafini, *Op. e Vol. cit.*, § 28, pag. 206 della sesta edizione, Ramponi, *La determinazione del tempo nei contratti* (Bologna, Fava e Garagnani 1890, estr. dall'*Archivio giuridico* XLV, fasc. 4-5) pag. 30.

(2) Art. 1172 «Il termine apposto alle obbligazioni differisce dalla condizione in questo, che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione». Di fronte a questa esplicita disposizione mi tengo per dispensato dall'entrare nelle molte e sottili dispute, che sull'efficacia del termine si fanno nella dottrina, dove contro il Savigny, il quale appunto ammette il diritto come acquistato immediatamente e solo differitone l'esercizio (cit. *Sistema* III, § 126, pag. 277) è sorto l'Unger, per cui fino al verificarsi del termine iniziale resterebbe *in suspenso* il diritto stesso del creditore, *Op. cit.*, II, § 83, pag. 89 e segg. Su di ciò e contro l'Unger e suoi seguaci veggansi particolarmente Hasenöhrl, *Op. cit.*, Vol. I, § 39, pag. 486-487, Burckhard, *Op. e Vol. cit.*, § 89, pag. 370 e segg., ma in particolare Siméon, cit. *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*, §§ 4-5, pag. 7-27.

risolutiva sia perchè si sa a priori che il termine verrà, sia perchè al suo avverarsi il diritto cessa di esistere, mentre all'avverarsi della condizione risolutiva lo si considera non mai esistito (1). Non è dunque un termine, ma una condizione il *dies incertus an et quando* (es. quando Tizio si sposerà), nè di regola il *dies incertus an, certus quando*. Dico di regola, perchè può risultare dall'atto la volontà degli autori di esso di protrarre a quel termine l'adempimento dell' obbligazione piuttostochè di subordinarne l'esistenza alla condizione che l' avvenimento si compia (2). Così nell' obbligazione da adempiere quando Tizio raggiungerà l' età maggiore il decidere se siamo in presenza di condizione o di vero termine dipende dall'esame dell' atto e dalla intenzione degli autori di esso. È troppo assoluto dunque il CHIRONI quando porta questo caso come esempio di condizione larvata sotto le sembianze di un *dies* (3): potrebbero infatti le parti aver avuta l' intenzione di fissare l'adempimento per il giorno in cui dalla nascita di Tizio siano passati ventun anno, anche s'egli morisse prima di toccar quell' età. E nell' Art 517 abbiamo precisamente un esempio di simile modo di considerare tale clausola in tema di usufrutto, poichè vi si legge: « L' usufrutto conceduto sino a che una terza persona sia giunta ad una determinata età dura sino a tal tempo, ancorchè quella persona sia morta prima dell' età stabilita » (4).

È risaputo che non tutti i negozi giuridici comportano l' aggiunta di un termine: così p. es. nè un *dies a quo* nè un *dies ad quem* sono ammissibili nelle istituzioni di erede, bensì nei legati (Art 851). Ma anche in tema di obbligazioni e contratti troviamo il caso in cui l'aggiunta del *dies* non tiene, e cioè nel contratto di matrimonio, intendo nei patti nuziali.

---

(1) RAMPONI, *Op. cit.*, pag. 13 e 31.

(2) RAMPONI, *Op. cit.*, pag. 31.

(3) CHIRONI, cit. *Istituzioni*, Vol. I, § 64, pag. 104.

(4) Ciò appunto io faceva notare in un lavoro critico sulle *Istituzioni* del CHIRONI, inserito nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. IX (pag. 32-60), pag. 42, e alle mie osservazioni si è poi associato il RAMPONI, *Op. cit.*, pag. 31-32.

L'Art. 1385 infatti stabilisce che « le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi in verun modo dopo la celebrazione del matrimonio ». Ora per analogia, sempre cioè allo scopo di evitare gli inconvenienti e le difficoltà connessi a simili mutamenti, è da ritenersi invalido il contratto di matrimonio anche quando si stipulasse che dopo un certo tempo il reggime matrimoniale dovesse cambiare. Ne fa del resto espresso divieto il Codice stesso all'Art. 1433 capov. relativo alla comunione degli utili, altro dei reggimi patrimoniali fra coniugi che può stipularsi nei patti nuziali (1).

Viceversa può darsi il caso in cui l'aggiunta *espressa* di un termine sia indispensabile: dico aggiunta espressa, perchè qui non entrano in considerazione i moltissimi casi in cui un termine è talmente necessarioche, nel silenzio delle parti, provvede al modo di stabilirlo la legge. Basterà ripensare alle promesse per pubblici proclami, quando per esse venga aperto un concorso a premio. È indispensabile che il banditore del concorso fissi al tempo stesso il termine per la presentazione dei lavori, e ciò vedemmo già statuito da qualche legislazione (v. s. n. 31 *bis* pag. 86), del che la ragione è ovvia. Potrebbe darsi altrimenti che il banditore del concorso si sottraesse poi sempre al giudizio e al conferimento del premio, per buoni che fossero i lavori a lui presentati, dicendo di voler aspettare per la possibilità che altri ancora, e migliori ne vengano prodotti.

52. III) Modo o incarico: È un peso imposto a colui al quale si fa una liberalità (2), sia questa *inter vivos* (donazione) o *mortis causa*. Resisto alla tentazione di entrare qui nella disputa se il *modus* abbia ragion d'essere come determinazione accessoria a sè, o se non rientri invece, come specie nel genere, nel cosidetto presupposto (*Voraussetzung*), ch'è la teoria messa innanzi primieramente dal Windscheid (3) e che ha poi trovati

---

(1) Cfr. Bellavite, *Contratto di matrimonio* (Padova, Sacchetto 1876), pag. 5, nota 3.

(2) Serafini, *Op. e Vol. cit.*, § 28, pag. 207 (4ª ediz.)

(3) Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (Düsseldorf, Buddeus 1850), e *Pandekten*, I, § 97-100, pag. 275-281 (7ª ediz.). Chi ignaro o mal pratico della lingua tedesca, amasse tuttavia formarsi

caldi fautori ed avversari. Ciò spetta alla Parte generale di un Corso di Diritto civile, e non al Trattato delle obbligazioni: al caso poi ci verrà fatto di toccarne più di proposito nel discorrere della causa nelle obbligazioni, e più particolarmente nei contratti. Diamo dunque per dimostrato che il modo o incarico è una speciale figura di determinazione accessoria (*Nebenbestimmung*). Ma perchè poi se ne può discorrere solo in relazione agli atti gratuiti? Perchè gli onerosi necessariamente importano una prestazione per ciascuna delle parti, e quindi un onere imposto ad una di esse non è altro che parte della prestazione da lei dovuta (1). Nella donazione invece il modo diminuisce l'importo del beneficio, ma non può considerarsi come controprestazione, sì da tramutare l'atto di gratuito in oneroso, onde la dichiarazione dell'Art. 1051, essere donazione « quella pure che imponga qualche peso al donatario ». Però è certo che una notevole influenza l'aggiunta dell'onere deve averla, sì da accomunare, in parte almeno, alla donazione principî che altrimenti non le si applicherebbero. Così ad es. per l'Art. 1077 n. 3, quando trattisi di donazione che imponga oneri al donatario, sino alla concorrenza dell'importare degli oneri gli è dovuta la garantia per evizione, la quale invece di regola non ha luogo nelle donazioni che non siano modali.

Si potranno fare eventualmente, in vista di ciò, delle distinzioni e suddistinzioni influenti sulla varia natura giuridica dell'atto, da considerarsi o come puramente gratuito ad onta del *modus*, o come *negotium mixtum cum donatione*, come atto unilaterale o bilaterale, bilaterale gratuito od oneroso e simili, secondochè l'onere sia imposto a profitto del donante o di un terzo o nell'interesse dello stesso donatario (es. ti dono la tal somma col patto che tu la investa in rendita nominativa per maggior sicurezza) o l'interesse sia parte dell'uno parte dell'altro, sia morale o materiale, estimabile a danaro e così via. Queste distinzioni e suddi-

---

un concetto di questa teoria del WINDSCHEID, vegga SEGRÈ, *Alcune osservazioni sulla teoria del presupposto nei riguardi del Diritto romano e del Diritto moderno* in FILANGIERI, XV (1890), parte I, pag. 329 e segg.

(1) Cfr. PERNICE, *Labeo*, *Vol. cit.*, pag. 3-4, ove si nota come sia ormai universalmente repudiato il sistema di quei vecchi autori (GLÜCK, GÜNTHER, HOFACKER, THIBAUT) che, dando al *modus* il significato di *finis* (scopo finale) ne parlavano anche in riguardo agli atti onerosi.

stinzioni, che ci verrà fatto di esaminare nella Sezione consacrata agli *effetti* delle obbligazioni modali, sono state recentemente presentate fra noi con ricchezza di dettagli dall' Ascoli nel già lodato suo libro sulle donazioni (1). Si potrà dunque, io dicevo, e si dovrà, trattandosi di atti *inter vivos*, distinguere caso da caso. Ma non mi persuade invece, perchè troppo recisa, l' affermazione del Chironi che il modo (considerato da lui come negozio accessorio meglio che come determinazione accessoria) possa accedere come tale *solo* agli atti di ultima volontà per ciò che *sempre* la sua apposizione ad un contratto si risolva in un patto attinente al negozio principale, ovvero in una condizione (2).

È sottile e molte volte difficile a farsi in pratica la distinzione fra la condizione ed il modo, specialmente fra il modo e la condizione sospensiva potestativa, fra il modo e la condizione risolutiva. Comunque, gioverà porre i seguenti criterî: A differenza della condizione sospensiva potestativa, il modo non lascia in sospeso il conseguimento del beneficio, questo lo si ottiene subito. Esempio. Tizio dichiara di donare a Caio, che accetta, una somma, se Caio cederà la casa sua propria ad un Ospizio pio che ne abbisogna: qui abbiamo la condizione e finchè Caio non cede la casa all' Ospizio, non acquista la somma donatagli. Invece se Tizio stipula con Caio di donargli quella somma, poi soggiunge che lo incarica di dare la casa ecc., Caio, donatario puro e semplice e non condizionale, otterrà immediatamente la somma. Il difficile poi sarà (e qui norme assolute, a priori, non se ne possono dare versandosi in tema di interpretazione di volontà) il determinare caso per caso con riguardo all' intenzione degli autori dell' atto, più che alle parole, se siamo in cospetto di un modo o di una condizione sospensiva. Nell' effetto di rendere eseguibile subito la disposizione testamentaria o la donazione il modo si pareggia alla condizione risolutiva, ma se ne differenzia perchè il terzo avvantaggiato dall' incarico ha azione per ottenere il conseguimento dall' erede o legatario o donatario sotto pena ch' ei decada dal beneficio, mentre nòn la ha il terzo che si troverebbe avvantaggiato ove la condizione si adempiesse

---

(1) Ascoli, *Op. cit.*, § 23, pag. 293 e segg.
(2) Chironi, cit. *Istituzioni*, Vol. I, § 68, pag. 110.

nel caso ch' essa sia stata apposta come risolutiva. Esempio: Tizio dona una somma a Caio, ma soggiunge ch' egli decadrà dal beneficio, in altre parole dovrà restituirgli la somma, se esso Caio non ceda entro un anno la propria casa al tale Ospizio. Qui si ha la condizione risolutiva: è in arbitrio del donatario il fare o no detta cessione all' Ospizio, dal che dipenderà ch' egli definitivamente acquisti o no la somma donatagli: non può chi rappresenta l' Ospizio muoversi all'espiro dell' anno per costringervelo: alias invece se la stessa disposizione abbia carattere modale (1). Ma si vedrà a suo luogo come la teoria del modo nelle obbligazioni si intrecci a quella della condizione risolutiva inquanto origina a favor del donante la condizione risolutiva tacita pel caso di suo inadempimento (Art. 1078, 1080 cfr. coll'Art. 1165).

53. Ora che possediamo completa la nozione dell' obbligazione per l' esame dei suoi requisiti essenziali nonchè delle principali modalità accessorie, si tratterà di studiarla nelle sue cause, nei suoi effetti, nella sua estinzione. Sono questi infatti i momenti che importa seguire nello studio di qualsiasi istituto giuridico, occorrendo sapere come nasca, come viva, quando e come cessi di esistere. Indagherò separatamente questi tre momenti tenendo presente il caso semplice di obbligazione avente un solo creditore ed un solo debitore. Seguirà lo studio dei mezzi onde assicurare e conseguire l' adempimento dell' obbligazione, con particolare riguardo alla cosidetta azione surrogatoria (Art. 1234) ed all' azione pauliana (Art. 1235).

Solo dopo di ciò converrà consacrare una Parte separata e distinta all' ipotesi di pluralità di subbietti, inducente o per sè stessa o per la qualità della prestazione dovuta l' applicazione di norme speciali (solidarietà e indivisibilità).

Completeranno finalmente il Corso altre due Parti, l' una avente per tema il passaggio delle obbligazioni attivamente o passivamente da persona a persona, l' altra le prove. Ma

(1) Cfr., fra tanti, Losana, *Le successioni testamentarie secondo il Cod. civ. it.* (Torino, Bocca, 1884), pag. 318.

evidentemente queste due ultime parti, da considerarsi piuttosto come appendici, reclameranno una trattazione spedita, per non invadere il dominio di altri trattati speciali, quali sono in particolare le *Successioni* e la parte del Diritto giudiziario civile che si riferisce alle prove in generale.

Verrebbe ora dunque, secondo l' ordine logico, il discorso intorno alle cause onde originano le obbligazioni. Ma qui si presenta opportuno uno spostamento. Tratterò cioè prima, per la maggiore generalità del tema attinente a tutte quante le obbligazioni, degli effetti di esse, e passeremo poi alle singole cause delle obbligazioni, alle quali sono inoltre inerenti degli effetti particolari.

PARTE SECONDA

EFFETTI DELL' OBBLIGAZIONE

SOMMARIO

54. Divisione di questa Parte in due Titoli.

54. Il vasto argomento che imprendo ora a trattare verrà ripartito in due Titoli. Nel primo si esamineranno gli effetti dell' obbligazione in generale, astrazion fatta da due delle eventuali determinazioni accessorie, cioè dalla condizione o dal *modus*. Invece rientrerà in questo titolo ciò che riguarda le obbligazioni a termine, di cui vien fatto necessariamente di discorrere, come vedremo, nell' esaminare quando l' obbligazione possa dirsi esattamente adempinta. Il secondo Titolo raccoglierà le norme speciali che intervengono, sempre in riguardo agli effetti, allorchè trattisi di obbligazioni condizionali o modali.

TITOLO I

EFFETTI DELL' OBBLIGAZIONE IN GENERALE

SOMMARIO

55. Partizione del Titolo in due Capitoli, e suddivisione di questi in più Sezioni.

55. Divido questo Titolo in due Capitoli. *La necessità di esatto adempimento*, effetto sostanziale di ogni obbligazione formerà oggetto del primo Capitolo, dove in tre separate Sezioni vedremo, 1) che cosa debba prestarsi e da chi, 2) dove,

3) quando, perchè possa parlarsi di adempimento esatto, consacrando finalmente una quarta Sezione al modo di soddisfacimento dei debiti pecuniari. Nel secondo Capitolo passerò a discorrere dell'*inadempimento o ritardato adempimento delle obbligazioni*, considerando in sei distinte Sezioni: 1) il caso, 2) il dolo, 3) la colpa, 4) la mora, 5) la teoria dei danni e interessi, 6) la speciale applicazione delle teoriche del caso, del dolo e della colpa alle obbligazioni alternative.

CAPITOLO I

NECESSITÀ DI ESATTO ADEMPIMENTO

SOMMARIO

56. Principio fondamentale contenuto nell'Art. 1218. Transizione alle tre prime Sezioni del Capitolo.

56. La norma fondamentale nel tema che ci occupa è data dall'Art. 1218, così concepito: « Chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni ». Non deve trarre in errore l'espressione *« chi ha contratto »*, quasichè il principio valesse solo per le obbligazioni convenzionali: è quella una locuzione generica riferibile alle obbligazioni tutte, qualunque ne sia la fonte

L'adempimento è naturalmente lo scopo cui mira l'obbligazione, ed è al tempo stesso la causa normale di estinzione di essa. Sotto il secondo aspetto appunto lo considera il nostro Codice col nome generico di *pagamento* nel Capo che tratta dei modi onde le obbligazioni si estinguono (1). Per non di-

---

(1) Art. 1236 e segg. Quanto all'accennato significato generico della voce *pagamento* (*solutio*) veggansi pr. Inst. quib. mod. oblig. toll. 3, 29, l. 54 D. de solut. et liberat. 46, 3 di PAOLO, l. 176 D. de verb. signif. 50, 16 di ULPIANO confr. con la l. 47 eod. di PAOLO.

scostarci troppo dall' ordine del Codice, rimanderemo anche noi a quando tratteremo della estinzione delle obbligazioni molte norme relative al modo di adempierle, quantunque sistematicamente ci paiano preferibili quelle legislazioni che le hanno raccolte sotto la Sezione consacrata agli *effetti* delle obbligazioni, come ha fatto p. es. il più volte citato *Codice federale svizzero* (1). Intanto qui non possiamo non richiamare alcune di quelle norme a spiegazione dell'avverbio *esattamente* che figura nel citato Art. 1218. Quest' esattezza la si ha solo quando si effettui integrale la prestazione dovuta e non altra in sua vece, la si effettui nel luogo debito e finalmente nel tempo debito, punti questi che verranno esaminati, come già si è detto, nelle tre prime Sezioni del presente Capitolo.

SEZIONE I.

Esatta prestazione della cosa dovuta

SOMMARIO

57. L'Art. 1245: esclusione del *beneficium dationis in solutum.* — **58.** L'Art. 1246: necessità di pagamento integrale. — **59.** Esclusione del *beneficium competentiae:* differenza fra questo *beneficium* e il caso di certi beni del debitore sottratti alla esecuzione forzata. — **60.** Obbligazioni di dare, sia la cosa individuata o generica. — **61.** Se e quando per l'esattezza dell'adempimento occorra che la prestazione si faccia dalla persona del debitore; osservazioni speciali sul capov. dell' Art. 1238.

57. Dichiara l'Art. 1245 che « il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore ». Questo ricevere *aliud pro alio* non può essere che effetto di una nuova concorde volontà delle parti,

---

(1) Art. 77 e segg.

e si dice allora che l'obbligazione si estingue per via di *dazione in pagamento*. Quello dunque che è assolutamente proscritto dall'Art. 1245 è il cosidetto *beneficium dationis in solutum* del Diritto giustinianeo, disciplinato precisamente dalla Novella 4ª, Cap. 3 di Giustiniano, a tenor della quale fu data facoltà ai debitori *ex contractu* di somme di danaro, pressati dai creditori a pagare, privi di mezzi pecuniari e nella impossibilità di procurarseli mediante la vendita a giusto prezzo delle cose loro, di costringere i creditori a ricevere in pagamento beni immobili, bensì a loro scelta e stimati giudizialmente (1).

Dal principio che non possa a suo libito il debitore mutare la prestazione dovuta deriva che, trattandosi di obbligazione alternativa, egli non potrà costringere il creditore a ricevere parte dell' una e parte dell'altra delle cose disgiuntivamente comprese nell' obbligazione (Art. 1177): simile prestazione *mista* non sarebbe più infatti nè l' una nè l' altra di quelle a cui il debitore è categoricamente tenuto.

58. L'Art. 1246 soggiunge: « Il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito ancorchè divisibile ». È tolta così ogni dubbiezza, la quale invece si presenta in Diritto romano, per effetto di un testo, che ha dato molto filo da torcere agli interpreti, cioè la l. 21 D. de reb. cred. 12, 1 di GIULIANO, così concepito: « Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi; sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, quum ad officium eius pertineat lites deminuere ». Alcuni hanno inteso si alluda qui solo ad un amichevole consiglio che il pretore doveva dare, altri al caso in cui soltanto in parte sia riconosciuto il debito dal debitore, nel qual caso il creditore debba ricevere intanto la parte non controversa e pel rimanente agire se crede: così

(1) Su di che veggasi il mio studio sulla *Dazione in pagamento*, Vol. I (Padova, Drucker e Senigaglia 1888), pag. 56 e segg.

p. es. il Windscheid, che soggiunge però col Mommsen doversi anche qui far eccezione all' eccezione se il creditore provi che è contro il suo interesse il ricevere la prestazione parziale (1). Presso di noi la sola eccezione alla massima sancita dall'Art. 1246 la si riscontra in materia cambiaria, disponendo l' Art. 292 del Codice di commercio che « il possessore della cambiale non può rifiutare un pagamento parziale, quantunque la cambiale sia stata accettata per l' intiera somma ; (ma per conservare l' azione di regresso per la somma non pagata deve accertare la mancanza parziale di pagamento) ». Disposizione poco plausibile, a mio giudizio, e che sollevò assai viva discussione nei lavori preparatorî del Codice commerciale : essa mira a liberare quant' è più possibile gli obbligati in via di regresso.

Il Ferrini reputa opportuno discorrere qui del caso in cui il creditore sia costretto ad accontentarsi di ricevere meno di quanto gli è dovuto, in cui insomma l' obbligazione si ha per adempiuta benchè non sia stato prestato tutto quello che ne formava il contenuto (2), il che segue da noi in materia di fallimento per effetto di concordato. Ma io credo più a proposito l' occuparsi di ciò ove si tratta delle cause di estinzione delle obbligazioni, anche se al Ferrini si conceda che non vi si possa ravvisare una rimessione di debito perchè può avvenire contro la volontà del creditore. Infatti la massima espressa nell'Art. 1246, come risulta dalle parole finali « *di un debito ancorchè divisibile* » allude non tanto al divieto di dare, con pretesa di liberarsi, meno di ciò che si deve, quanto piuttosto al divieto di pagamenti rateali. Per lo stesso motivo non possiamo ravvisare un corollario dell'Art. 1246 nell' Art. 1250, per cui le spese del pagamento sono a carico del debitore. Esso deriva dal principio che il creditore non abbia per nulla falcidiato il suo credito.

59. Finalmente, in omaggio alla massima che la prestazione dovuta ha da essere esattamente e integralmente adem-

---

(1) Windscheid, *Pandekten*, II § 342, testo e nota 20, pag. 267 (7ª ediz.). Invece il Savigny, *Das Obligationenrecht*, I (Berlin, Veit 1851), pag. 322-323, richiamandosi puramente e semplicemente al citato frammento, riconosce il diritto del debitore di effettuare pagamenti parziali.

(2) Ferrini v.° *Obbligazione* in *Enciclop. giuridica it.*, Vol. XII, parte I, n. 422, pag. 592. Ma non mi pare che il Ferrini abbia ragione di citare come seguace di questo sistema di trattazione il Vangerow. Cfr. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III (7ᵉ Aufl., Marburg Elwert 1879), *Anm.* 2 pag. 171.

piuta, è scomparso presso di noi ogni caso di quel particolare beneficio che il Diritto romano accordava a taluni debitori, e che la scuola chiamò *beneficium competentiae*, o *deducto ne egeat*, o dello stretto necessario. Vi erano cioè per Diritto romano dei casi nei quali il debitore non poteva essere condannato ad eseguire l'obbligazione se non in quanto potesse soddisfarla senza privarsi del necessario al proprio sostentamento (*condemnatio in id quod facere potest* (1)). Spettava p. es. tal favore ai soldati, ai genitori verso i figli, ai patroni verso i liberti, ai fratelli e sorelle fra loro, e così pure reciprocamente fra coniugi o fra soci, per tacer di altri casi. Nulla di ciò in oggi. Sia pur debitore il padre verso un proprio figlio, lo si condannerà ad adempiere integralmente il debito, anche se per ciò rimanga affatto sprovvisto di mezzi. Vero benissimo che quel figlio potrà trovarsi poi costretto a somministrargli gli alimenti *ope legis* (Art. 139), ma intanto può essere che quest'obbligo non incomba a lui solo, bensì vada ripartito con altri figli se sono più e tutti in grado di assistere il genitore e poi altro è l'obbligazione di somministrare gli alimenti *iure sanguinis*, la quale giusta l'Art. 145 si adempie o mediante una pensione alimentaria ovvero col ricevere e mantenere nella propria casa l'alimentando, ed altro il dover subire un diffalco nel proprio credito, sì da lasciare in mano al debitore quanto occorra perchè egli possa provvedere al proprio sostentamento.

Per motivi pietosi ed altamente plausibili le moderne legislazioni, e fra queste la nostra, sottraggono pure taluni beni del debitore all'azione esecutiva dei suoi creditori o ve li sottopongono sotto certe limitazioni. Veggansi ad es. gli Art. 585, 586 del nostro Codice di procedura civile. Ed è anzi notevole una certa tendenza che si manifesta ad allargare anche a beni immobili entro una data misura siffatto esonero dall'esecuzione, trapiantando fra noi istituzioni, come i cosidetti beni di famiglia, in altri paesi già attuate. Ma questi casi non sono da confondere col vero e proprio *beneficium competentiae*: per effetto di questo veniva ridotto nella condanna l'importo stesso del debito, mentre invece nei predetti casi si tratta del modo

(1) l. 173 pr. D. de reg. iur. 50, 17 di PAOLO.

di realizzare nelle vie esecutive una ragione di credito riconosciuta nella sua intierezza (1).

60. Se si tratta di un' obbligazione di dare perchè possa dirsene esatto l' adempimento occorre si osservi la norma dell' Art. 1219, per cui quest' obbligazione « include quella di consegnare la cosa e di conservarla sino alla consegna ». Questa poi non si considera completa, nè quindi esatto l' adempimento dell' obbligazione, se non si danno in uno alla cosa i suoi accessorî necessarî (Art. 876, 1471). Quanto poi all' obbligo di conservare la cosa che si dovrà consegnare, esso è riferibile evidentemente al caso di obbligazione di dare cosa determinata nell' individuo e non soltanto nel genere o nella specie che dir si voglia. In relazione a quest' ultima ipotesi merita invece sin d' ora di essere segnalato un principio posto dal Codice sotto il Titolo del pagamento, cioè all' Art. 1248, per cui, trattandosi di simile obbligazione generica, il debitore non è tenuto a dare cosa della miglior qualità, ma non può nemmeno darla della peggiore. Massima questa che vale anche in tema di legati, dichiarando l' Art. 870: « Nel legato di cosa indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie, la scelta è dell' erede, il quale non è obbligato di dare l' ottima, nè può offrirla d' infima qualità ». Il Diritto romano invece distingueva, aveva cioè la stessa norma pei legati (2), mentre invece permetteva, trattandosi di convenzione, che il debitore desse cosa d' infima qualità appartenente a quel dato genere (3).

61. Finalmente vien fatto di domandare se, perchè l' obbligazione possa dirsi esattamente adempiuta, debba la prestazione effettuarsi dal debitore stesso, o se il creditore sia costretto invece a tollerare ch'essa sia eseguita da altri in sua vece. Rispondiamo che solo quando trattisi di prestazioni relativamente alle quali siansi avute di mira, nel costituire l'obbligazione, le qualità personali dell' obbligato (l' attività e la

---

(1) Cfr. Stammler, *Op. cit.*, § 5, pag. 24-26.

(2) l. 110 D. de legat. 1 (XXX) di Africano.

(3) l. 32 i f. D. de cond. indeb. 12, 6 di Giuliano, ma specialmente l. 52 D. mand. vel contra 17, 1 di Giavoleno.

capacità sua), occorrerà ch' egli direttamente le effettui. In altre parole la prestazione deve farsi dal debitore e non da altri per lui quando trattisi di *obligatio faciendi* avente per oggetto la prestazione di quelle opere che altra volta ho chiamate non fungibili (v. s. n. 35, pag. 96). Dice infatti l' Art. 1239: « L' obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che sia adempita dal debitore medesimo ». Oltre all' esempio altra volta recato del quadro commesso ad un artista di vaglia, può qui invocarsi il disposto dell' Art. 339 della Legge 20 Marzo 1865, n. 2248 All. F sulle opere pubbliche, che vieta all' appaltatore di opere pubbliche di cedere o subappaltare in tutto o in parte l' opera assunta, senza l' approvazione dell' autorità competente, sotto comminatoria dell' immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento.

Ma all' infuori di questi casi in cui la natura della prestazione è tale, che al creditore interessa di vederla adempiuta da quel tale e non da altri, se non c' è patto esplicito in contrario, varrà l' opposta regola, potersi cioè l' obbligazione validamente soddisfare anche da un terzo. Ecco ciò che stabilisce in proposito l' Art. 1238: « Le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore ». E fin qui si capisce sia l' interesse di questo terzo ad estinguere egli l' obbligazione, sia la necessità pel creditore di ricevere da lui la prestazione. Ed agli esempi ivi recati dal Codice quello suolsi giustamente aggiungere del terzo possessore dell' immobile ipotecato, il quale, col pagare il debito iscritto, si salva dall' obbligo che altrimenti gli incomberebbe di lasciare libero il corso all' azione ipotecaria del creditore sull' immobile o di rilasciarglielo (Art. 2013). Ma poi il capoverso continua: « Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, e, ove agisca in nome proprio, non venga a sottentrare nei diritti del creditore ». Dunque anche persona non interessata per nulla al rapporto obbligatorio può andar a pagare il creditore, sia che lo faccia

in nome e per la liberazione del debitore, come sarebbe il caso di un *negotiorum gestor*, sia che lo faccia in nome proprio. E la ragione di ciò è evidente. L'interesse del creditore, trattandosi per ipotesi di prestazioni in cui non si ha riguardo alle qualità personali dell'obbligato, è limitato ad ottenere la prestazione cui ha diritto, chiunque la eseguisca (1), e quanto poi al debitore, non può egli fare opposizione al pagamento che il creditore accetterebbe dal terzo se non fa l'offerta reale, dimostrandosi pronto a pagar egli come ne ha obbligo: simile opposizione non farebbe che danneggiare il creditore, mentre d'altra parte il debitore non ha peggiorata la propria condizione, o almeno non così che la legge debba usargli riguardo a scapito del creditore, se ora si troverà eventualmente obbligato, anzichè verso di lui, verso il terzo che ha pagato, sia pure che questi sottentri nei diritti del creditore per surrogazione convenzionale (2).

Le ultime parole dell'Art. 1238 capov. sono alquanto enigmatiche, ed è deplorevole che il nostro legislatore le abbia trascritte tali e quali dall'Art. 1236 del *Codice francese*, senza darsi pensiero delle censure che avevano sollevate nella dottrina d'oltr'alpe. Parrebbe, leggendo quelle parole, che fosse assolutamente vietata la surrogazione del terzo, che paga in nome proprio, nei diritti del creditore, anche se il creditore sarebbe disposto ad accordargli tale surrogazione. Ora ciò ripugna alla ragione giuridica, contraddice a quanto fu esposto nei lavori preparatori del Codice francese intorno al citato articolo, ma sovrattutto vi si ribella il principio consacrato

(1) Chironi, *Istituzioni*, II, § 295, pag. 55.

(2) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. VII (4ª ediz., 1896), n. 122, pag. 142. Col Giorgi pure n. 124, pag. 145-146) concordo nell'ammettere che non potrebbe il terzo effettuare il pagamento se e creditore e debitore vi si oppongano: diventerebbe allora una indebita ingerenza negli affari altrui. E vi sono legislazioni che espressamente lo hanno statuito. Così per es. si legge nel *Landrecht* prussiano I, 16, § 51 «Wenn aber beide, der Gläubiger und Schuldner der von einem Dritten angebotenen Zahlung widersprechen, so kann dieselbe dem Erstern nicht aufgedrängt werden». E nel § 267 capov. del nuovo *Codice germanico*: «Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht».

dall' Art. 1252 n. 1 (1250, n. 1 del Codice francese). Questo articolo in termini generali stabilisce lecita la surrogazione convenzionale, avente luogo allorquando « il creditore, ricevendo il pagamento da una terza persona, la surroga nei diritti, nelle azioni, ne' privilegi o nelle ipoteche ch' esso ha contro il debitore », surrogazione che dev' essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento. Dunque non è vero che il terzo che paga in proprio nome un debito altrui non possa assolutamente ottenere la surrogazione nei diritti del creditore, pur consentendolo il creditore stesso, è vero solo ch' egli non la può esigere, che questa surrogazione cioè non può essere che convenzionale. Ed appunto questo e non altro sostengono molti sia il significato dell' inciso in questione (1), appoggiandosi alle parole del JAUBERT, relatore al Tribunato (2). Secondo altri, che invocano le parole del BIGOT - PRÉAMENEU, oratore del Governo (3), il legislatore coll' inciso finale dell'Art. 1236 del Codice francese (1238 del nostro) mirò solo a dichiarare che, se per avventura il terzo si faccia surrogare dal creditore nei suoi diritti, di vero pagamento, che è *modo di estinzione* del vincolo obbligatorio, più non è il caso di parlare, perchè avviene piuttosto il *passaggio* della ragione di credito da una persona all' altra (4). Ma, a parte la natura teorica di simile dichiarazione, onde mai a proposito e senza scopo la si sarebbe inserita nel Codice, che non ha da essere un trat-

---

(1) Così p. es. il LAURENT, *Op. cit.*, XVII, n. 187, pag. 178-179.

(2) « Quoique le tiers qui offre le paiement n'ait pas un intérêt direct et civil à l'acquittement de l'obligation, le créancier ne pourra non plus refuser de recevoir, puisqu'en dernière analyse le créancier n'a d'autre intérêt que d'être payé, mais dans ce cas le tiers ne peut forcer le créancier à le mettre à son lieu et place pour les privilèges, les hypothèques et la contrainte par corps etc. » FENET, XIII, pag. 311-312.

(3) « L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt lorsqu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur. Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation ». FENET, XIII, pag. 264-265.

(4) Così per es. il LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. IV sull'Art. 1236, n. 8, pag. 72-73 e sull'Art. 1254 n. 4, pag. 197, e fra i nostri il CHIRONI, *Istituzioni*, II, § 295, pag. 55.

tato dottrinale, c'è anche da dubitare se essa corrisponderebbe veramente alla costruzione giuridica del pagamento con surrogazione del terzo agente in nome proprio, inquanto gli si vorrebbe negare la qualifica di vero pagamento per considerarlo piuttosto quale cessione (1). Concludendo, le ultime parole del citato articolo direbbero cosa non vera, se, come risulterebbe dalla interpretazione letterale, venissero intese come divieto di surrogazione, rappresentano un concetto giusto, ma espresso assai male, se negano il diritto del terzo a pretenderla, cosa che oltre a tutto risultava dall'Art. 1252 n. 1, che dice la surrogazione essere allora possibile soltanto come surrogazione convenzionale, rappresentano una superfluità, seppure non racchiudono un concetto giuridico inesatto, qualora stiano ad indicare che, ove convenzionalmente la surrogazione avvenga, non è più il caso di parlare di vero e proprio pagamento.

Alla regola che la surrogazione del terzo interessato che paga nei diritti del creditore non possa essere che convenzionale si fa eccezione in materia cambiaria, essendo ammessa la surrogazione legale a favore di quel qualunque terzo che si presenti a pagare la cambiale non pagata da chi vi sarebbe obbligato e non voluta soddisfare nemmeno da chi sia semplicemente indicato al bisogno, nel qual caso si parla di pagamento per intervento (Art. 300 e 301 Cod. comm.).

Tornando alla materia civile e al caso del terzo che paghi in nome proprio il debito altrui senza ottenere dal creditore la surrogazione convenzionale, non sarà il caso di parlare di azione alcuna ch'egli abbia verso il debitore per cui pagò, se lo fece *animo donandi*. Ma ove quest'animo sia escluso, avrà azione e di che natura? Sarà un'azione *negotiorum gestorum* o *de in rem verso*, basata sul principio che nessuno deve locupletarsi *cum alterius iactura et iniuria*? In particolare con-

---

(1) Cfr. LAURENT, *loc. cit.*, pag. 479. Mi scosto ora dunque da quanto ebbi a scrivere nelle citate mie *Note ed Appunti sulle Istituzioni del Chironi* in *Rivista ital. per le sc. giur.* pag. 52, chè allora io aderiva all'illustre collega.

tinuerà egli ad avere, sotto l'una o sotto l'altra forma, un qualche diritto di rimborso se pagò *prohibente debitore*? Ecco delle questioni variamente risolute nella dottrina e nella giurisprudenza. Ma ne rinviamo la trattazione a quando ci occuperemo del quasi contratto della gestione di affari altrui, e specialmente della validità della *negotiorum gestio prohibente domino* (1).

SEZIONE II.

Luogo della prestazione

SOMMARIO

62. Importanza del luogo di pagamento. — **63.** La regola dell'Art. 1249. — **64.** Eccezioni relative al deposito, al mutuo, alla compravendita ed alle cambiali. — **65.** Necessità di distinguere il luogo di pagamento dalla competenza territoriale.

62. Non potrà dirsi esatto l'adempimento dell'obbligazione se la prestazione non si effettui nel luogo debito: è troppo evidente, perchè meriti di soffermarcisi, l'interesse che le parti possono avere a che l'obbligazione si eseguisca in uno piuttostochè in altro luogo. Molto a proposito dunque Ulpiano nella l. 2 § 2 D. de eo quod certo loco dari oportet 13, 4 parla di una *utilitas loci*. E la legge giustamente ne ha tenuto calcolo fra altro in tema di compensazione di debiti,

---

(1) Fin d'ora tuttavia ricordo in argomento una bella nota dello Scialoia a proposito di una Sentenza del 21 Novembre 1888 della Cassazione di Roma, in *Fôro italiano*, XIV (1889), p. I, col. 941 e segg.

precisamente all' Art. 1292, che, ispirandosi alla l. 15 D. de compensationibus 16, 2 di Giavoleno, stabilisce: « Quando i due debiti non siano pagabili nello stesso luogo non si può opporre la compensazione se non computate le spese di trasporto al luogo del pagamento ». Non fa ostacolo dunque alla compensazione l'essere i due crediti che stanno di fronte esigibili in luoghi diversi, anzi anche allora la compensazione avverrà, com'è regola, *ope legis*, ma tuttavia si tien calcolo dell'interesse che aveva colui al quale la compensazione è opposta di essere pagato nel debito luogo e ciò appunto si ottiene computando le spese del trasporto del danaro, o di quell'altra cosa fungibile formante oggetto della prestazione, al luogo del pagamento, spese che stanno a carico, lo sappiamo, del debitore giusta l'Art. 1250. Di altrettanto dunque è diffalcato il credito che si oppone in compensazione. Supposto poi che ambedue le parti dovessero effettuare il rispettivo pagamento in luogo tale da dover ciascuna sopportare per questo delle spese di trasporto, è da tutti ammesso, benchè la lettera della legge non contempli il caso, che ciascuno debba detrarre dal proprio credito quanto gli sarebbe costato l'adempiere il proprio debito nel luogo fissato, che è quanto dire che « colui che sarebbe più gravato dal corso del cambio, fatto il conguaglio, ha in proporzione minor credito » (1).

63. Ora si domanda dove stiano le norme sul luogo ove l'obbligazione deve adempiersi. Fondamentale in argomento è l'Art. 1249, posto sotto la Sezione del pagamento. Esso ha il solo torto di non aver usate nel primo comma espressioni abbastanza generali, tali cioè da comprendere le obbligazioni tutte, da qualunque fonte derivino, chè vi si parla solo di contratti. Avremo cura pertanto di generalizzare noi le norme ivi contenute. Intorno a quell'articolo poi vogliono esserne aggruppati altri qua e là dispersi nel Codice, e particolarmente gli Art. 1468, 1508 relativi al contratto di compravendita, 1858, 1859 relativi al deposito, 1828, relativo al mutuo. Esaminiamo

---

(1) Borsari, cit. *Comment.*, Vol. III, Parte II, sull'Art. 1292, § 3252, pag. 755.

il contenuto di siffatte norme, partendo dall' Art. 1249, che contiene la regola.

Il luogo di pagamento può essere espressamente indicato dal titolo costitutivo dell' obbligazione ed allora non c'è questione: ivi e non altrove la si dovrà adempiere. Ma la determinazione del luogo può, anzichè in forma espressa, risultare tacitamente dalle circostanze o dalla natura della prestazione. Così se uno si è impegnato a lavorare come operaio presso un' officina, è in questa e non altrove che deve prestare la opera sua; così se l' obbligazione derivi da fatto illecito, in quanto sia possibile il ripristino delle cose nello stato in cui erano prima del danno recato, esso determinerà necessariamente e implicitamente il luogo ove ciò deve farsi (1). Ancora per interpretazione della presumibile volontà delle parti il Codice stabilisce che, non essendo fissato il luogo e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento debba farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l' oggetto. Del che è applicazione pura e semplice l'Art. 1468 relativo alla vendita, che suona: « La tradizione si deve fare nel luogo in cui la cosa si trovava al momento della vendita, quando non si è diversamente pattuito ». Ma ciò varrà anche se si tratti di un titolo diverso dal contratto, p. es. di un testamento: il legato di una cosa certa e determinata dovrà cioè dall' erede (che ne è l' ordinario debitore) prestarsi nel luogo ove la cosa era al tempo dell' aperta successione (2). Ma se finalmente nè in forma espressa, nè tacitamente per la natura del negozio giuridico o delle circostanze, risulti fissato il luogo, vale la regola posta nel capov. dell' Art. 1249, che il pagamento deve farsi al domicilio del debitore, con la quale espressione in generale è ammesso che il Codice alluda al domicilio attuale, del momento cioè in cui l'obbligazione scade, non a quello, eventualmente diverso, che il debitore aveva quando l' obbligazione è sorta. (Ma *de iure ferendo* proporrei si adottasse l'opposta massima, la quale è dichiarata dal nuovo

---

(1) Crome, *Op. cit.*, § 13, pag. 129.

(2) Cfr. Losana, *Op. cit.*, pag. 407.

Codice germanico (1). Col preferire il domicilio del debitore si è voluto rendere omaggio al principio consacrato dall'Art. 1137 sull' interpretazione dei contratti, secondo cui ogni dubbio o indeterminatezza deve risolversi nel senso più favorevole al debitore. Più d'una legislazione (*Codice sassone*, § 707, *Codice svizzero delle obbligazioni*, Art. 84) dà invece la preferenza al domicilio del creditore, trattandosi di debiti pecuniarî (il *Codice sassone* soggiungendo che sia il domicilio che il creditore aveva quando sorse l'obbligazione, il *Codice svizzero* invece che sia quello dell' epoca della scadenza).

La nostra regola, attesa la sua generalità, dovrebbe applicarsi anche alle obbligazioni nascenti da delitti o da quasi delitti, quando, non avvenendo o non essendo possibile il ripristino delle cose nello *statu quo ante*, vi si surroga l' obbligo del risarcimento a danaro. Anche questo, a stretto rigore, è un debito, il cui soddisfacimento vuol farsi al domicilio del debitore. Ma è certo preferibile il *Codice sassone*, che al § 708 dispone: « Per i crediti originati da fatti illeciti vale, salvo che la natura della prestazione importi altrimenti, come luogo di adempimento il domicilio del danneggiato (dunque del creditore) al tempo dell' adempimento stesso ».

64. Un' eccezione alla regola che stiamo commentando è data dall' Art. 1859 in tema di deposito. Mentre se nel contratto di deposito è indicato il luogo in cui deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto a trasportarvi, bensì a spese del deponente cui il contratto profitta, la cosa depositata (Art. 1858), l'Art. 1859 vuole che, ove manchi nel contratto questa indicazione, la cosa si restituisca là dove si trova, non dunque, come importerebbe il capov. dell' Art. 1249, al domicilio del depositario (debitore). Dovrebb' egli altrimenti, pur trattandosi di un gratuito servizio che presta, avere la noia e il disturbo di trasportare la cosa di là al domicilio suo proprio, e ciò ha

---

(1) § 269, 1° comma: « Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung *an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte* ».

voluto appunto risparmiargli il Codice, dato il silenzio del contratto circa il luogo della restituzione (1).

E *quid iuris* in tema di mutuo? Anche qui abbiamo una regola speciale, che si desume dall'Art. 1828. In passato i Dottori erano divisi. Il Voet riteneva doversi, nel silenzio del contratto, effettuare la restituzione nel luogo ov'era stato fatto il mutuo (2), il Pothier teneva questo avviso pel mutuo di derrate, ma opinava doversi fare la restituzione al domicilio del mutuatario (debitore) trattandosi di mutuo di danaro (3). Il nostro Codice non contempla direttamente il luogo del pagamento nel mutuo, ma nel valutare i dati di tempo e di luogo onde fare il calcolo di quanto il mutuatario inadempiente deve al mutuante dice che, se non fu determinato il luogo, si abbia riguardo al valore corrente nel luogo dove fu fatto il prestito (Art. 1828). Ora perchè ciò se non pel motivo che quello avrebbe dovuto essere il luogo del pagamento? Necessariamente dunque si deve concludere essersi in modo implicito adottata l'opinione del Voet. E dinanzi a questa deduzione necessaria dall'Art. 1828 a cui corrisponde in questa parte il 1903 Cod. fr., non regge, per quanto razionalmente plausibile, l'assunto del Troplong, che ritiene debba farsi nel luogo del prestito la restituzione delle derrate e quanto al mutuo in danaro al domicilio del debitore se il mutuo è feneratizio, e invece al luogo del prestito, se gratuito (4).

---

(1) Cfr. Mirabelli, *Contratti speciali*, in Fiore, *Il Diritto civ. italiano*, Parte XII, Vol. VI, *Del Deposito*, n. 17, pag. 77-[illegible], che dà lode al legislatore italiano per avere in questo senso risoluto la questione che si agita in proposito fra i commentatori del Codice francese, e ciò attenendosi agli insegnamenti del [illegible].

(2) Joh. Voet, *Comment. ad Pandectas*, Lib. XII, Tit. I, Cap. XIX nel Vol. II (Venetiis, Naratovich 1847), pag. 479.

(3) Pothier, *Du prêt de consomption*, n. 43-46 (*Oeuvres*, T. III), pag. 40-41.

(4) Troplong, *Du prêt* (Bruxelles, Méline-Cans 1845), n. 275-280, pag. 176-177. La distinzione fra prestito gratuito ed oneroso è pur fatta da altri, p. es. dal Guillouard, *Traités du prêt, du dépôt etc.* (Paris, Durand 1892; *Du contrat de prêt*, n. 94, pag. 108. Conforme alle conclusioni da me adottate veggasi, fra altri, Mattei, *Il Codice civile ital.* ecc., Vol. VI (Venezia, Naratovich, 1874), sull'Art. 1828, n. 1, pag. 36-37.

Quando si tratti di contratto bilaterale l'obbligazione di ogni singolo contraente segue di regola le proprie norme quanto al luogo di adempimento, eventualmente dunque diverso da quello in cui la controprestazione dovrà effettuarsi (1). Ma un'eccezione, espressamente richiamata all'Art. 1249 cap. si fa in materia di vendita, disponendo l'Art. 1508 che, quando nel contratto non si è stabilito nulla in proposito, il compratore debba pagare il prezzo nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la consegna della cosa venduta. Supponiamo venduta una cosa certa e determinata nell'individuo. Sappiamo che allora la consegna si fa nel luogo ove la cosa si trova, e non al domicilio del venditore, che è il debitore della cosa. Se dovessimo applicare il principio che ciascuna delle obbligazioni originate dal contratto bilaterale segue le sue proprie norme, dovremmo dire che invece il pagamento del prezzo, nel silenzio del contratto, si effettuerà al domicilio del compratore, che ne è il debitore. Invece pel citato Art. 1508 lo si dovrà fare là dove la merce si consegna. Ma da molti è ritenuta valida questa norma dell'Art. 1508 solo per la vendita a pronti non per la vendita a credito, rispetto alla quale rivivrebbe il principio dell'Art. 1249 capov. (2).

Va finalmente ricordata la norma speciale dell'Art. 253 del Codice di commercio, relativo alle cambiali. Nel silenzio della cambiale è luogo di pagamento nelle *tratte* la residenza indicata accanto al nome del trattario, nei *pagherò* il luogo di emissione.

65. Chiudo quanto riguarda il luogo dell'adempimento coll'osservare ch'esso non forma necessariamente un tutt'uno col luogo ove ha da essere citato a comparire il debitore per la prestazione. Sono due cose distinte, quantunque in taluni casi, che indicherò tosto, possano coincidere. La regola di

---

(1) Crome. *Op. cit.* § 13, pag. 129.

(2) Così Crome, *loc. cit.*, e fra noi Cuturi, *Della vendita, della cessione e della permuta* in Fiore *Il Diritto civ. it.*, Parte XII, Vol. II. (Napoli, Marghieri 1891), pag. 311. Giorgi. *Op. cit.*, Vol. VII, n. 62, pag. 80, testo e nota 6, oltre agli autori e sentenze ivi citati. Contra Ricci, cit. *Corso teor. prat. di Dir. civile*, Vol. VII, n. 200, pag. 374-376 (della 2ª ediz.).

competenza territoriale è *actor sequitur forum rei*, e la sancisce l'Art. 90 C. p. c., inquanto trattisi di azione personale o di azione reale su beni mobili, volendosi allora che il convenuto si citi davanti all'autorità giudiziaria del luogo di suo domicilio o residenza, o, se non abbia domicilio o residenza noti, della dimora. Tizio, p. es., che sta a Padova, deve restituirmi a Milano un oggetto ch'io ho presso di lui depositato. Se ne rifiuti la consegna, io non lo citerò dinanzi all'autorità giudiziaria di Milano, ma davanti a quella di Padova, perch'essa pronunzi poi, che s'intende, l'obbligo di lui di eseguire la restituzione a Milano. Solo nel caso che il convenuto sia *ivi* citato in persona propria, potrebbero simili azioni proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove l'obbligazione deve eseguirsi. Io p. es. colgo l'occasione che Tizio, depositario, si trova per un po' di tempo a Milano, e lo cito là, perchè là deve adempiersi l'obbligazione sua; lo potrò purchè gli sia ivi notificata la citazione in persona propria; resterei però sempre libero di citarlo invece a Padova, luogo di suo domicilio. Se si tratti poi di materia commerciale, questa facoltà del creditore di citare a piacimento il debitore o davanti l'autorità del luogo di suo domicilio o residenza o dimora, o invece davanti quella del luogo ove l'obbligazione ha da essere eseguita è assoluta, cioè si applica anche se esso debitore non sia ivi citato in persona propria. Tanto dispone l'Art. 91 C. p. c.

SEZIONE III.

Tempo della prestazione

SOMMARIO

66. Importanza del termine, e donde il termine possa risultare. — **67.** Del *termine primordiale*: quando debba eseguirsi l'obbligazione *sine die*. **68.** Del termine rimesso alla volontà del debitore (*cum voluerit*) e del termine *cum potuerit*. — **69.** Esclusione dei termini di grazia. Come si concilii con questo principio la norma dell'Art. 1165. — **70.** Principî fondamentali sugli effetti del termine primordiale: I) Non sospende l'obbligazione. — **71.** II) Il termine si presume in favore del debitore. Critica dell'Art. 1175. — **72.** Il termine nel mutuo feneratizio. — **73.** Pagamento antecipato: Art. 1174. *Quid* dell'*interusurium*. — **74.** Casi in cui il debitore perde il beneficio del termine: I) Insolvenza: questione sull'applicabilità di questa causa di decadenza dal termine in materia commerciale. — **74** *bis*. II) Mancata prestazione di cautele. — III) Diminuzione delle cautele prestate. — **75.** Provvedimenti cautelari e sospensione di prescrizione in pendenza del termine primordiale. Del *termine finale*. Rinvio.

66. È di tutta evidenza quanto importi che la prestazione si adempia nel tempo debito. « Minus solvit qui tardius solvit », dice ULPIANO nella l. 12 § 1 D. de verb. signif. 50, 16. e però viceversa « qui praematnre petit plus petere videtur », come dichiara il § 33 Inst. de act. 4, 6. Donde la conseguenza che il termine pendente sia di assoluto ostacolo a che possa un'obbligazione essere opposta in compensazione ad altra obbligazione già scaduta (salvochè si tratti di un termine apposto nel solo interesse del creditore, e salvo altresì (Art. 1288) il caso di un termine gratuitamente prorogato). Se tanta è l'importanza del termine, anche maggiore dunque di quella del luogo per ciò che si riferisce alla compensazione, occorre vedere com'esso risulti determinato.

Noi già ne parlammo come di una modalità che può trovarsi espressamente apposta nel titolo costitutivo dell' obbligazione. Ma il termine può anche essere stabilito dalla legge. Così l'Art. 1410, che altra volta ho avuta occasione di ricordare, dispone che, sciolto il matrimonio, la restituzione della dote non possa domandarsi che un anno dopo lo scioglimento se la dote consiste in una somma di danaro o in mobili stimati nel contratto senza che siasi dichiarato che la stima non ne trasferiva la proprietà al marito. Così pure molti esempi di termini fissati, interpretando la presumibile volontà delle parti, dalla legge direttamente o per i quali la legge si richiama alle consuetudini locali, li abbiamo in materia di locazione di cose e di colonía. Si consultino in proposito gli Art. 1607, 1608, 1622, 1664 (1).

Finalmente il termine può essere sottinteso o tacito, e precisamente reso necessario, per usare le espressioni dell'Art. 1173, o dalla qualità dell' obbligazione, come se si trattasse di costruire una casa o di consegnare il futuro raccolto di un fondo, o dal modo con cui l' obbligazione dev'essere eseguita, o dal luogo fissato per l' esecuzione, come se io, che sto per recarmi a Roma, promettessi a Tizio che pagherò ivi per lui una somma a Caio. In tutti questi casi l' obbligazione *ex re ipsa dilationem capit* (2), e, nel disaccordo delle parti, la misura di questo termine verrà stabilita dall' autorità giudiziaria (Art. 1173).

Altre volte il termine non è espresso nel titolo costitutivo dell' obbligazione, ma implicitamente risulta dallo scopo a cui il negozio giuridico è normalmente diretto. Di ciò troviamo applicazione nel comodato, definito dall'Art. 1805 come quel contratto per cui una delle parti consegna all' altra una cosa affinchè se ne serva per un tempo od uso determinato, coll'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta, dove appunto, se non ci fu determinazione di tempo, vuole l'Art. 1815 che il comodante non possa ripigliare la cosa data a prestito se

---

(1) Cf. pure RAMPONI, *Op. cit.*, n. 19, pag. 42.

(2) l. 73, pr. D. de verb. obligat. 45, 1 di PAOLO.

non dopo che essa ha servito all' uso per cui fu prestata. Per lo stesso motivo, dello scopo cioè cui normalmente mira il contratto, si è sempre ammesso che chi fa un mutuo (o prestito di consumazione), distinto dal comodato (prestito d'uso) perchè ha per oggetto cose fungibili di cui passa al mutuatario la proprietà, restando egli obbligato a restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose, debba lasciare al mutuatario per la restituzione un certo tempo vario secondo le circostanze, pur nel silenzio del contratto. Altrimenti potrebbe riuscire illusorio il beneficio che il mutuo dovrebbe recare al mutuatario, o peggio il contratto ritorcersi a suo danno, come sarebbe se io, che prendo oggi a prestito da Tizio una somma dichiarando di farlo per intraprendere una data operazione commerciale, potessi essere esposto a restituirgliela domani se così piaccia a Tizio. Di qui la norma dell' Art. 1826: « Non essendo fissato il termine della restituzione, l'autorità giudiziaria può concedere al mutuatario una dilazione secondo le circostanze ». Vi corrisponde perfettamente l' Art. 1900 del *Codice francese*, e la formulazione del principio è in entrambi i Codici alquanto impropria, inquanto lascierebbe supporre che fosse una *facoltà* del giudice l' accordare o no un termine per la restituzione anche quando le circostanze lo consigliassero. Egli invece allora ne ha l' *obbligo*. Solo si volle significare che sarà egli il giudice di queste circostanze in vista delle quali assegnare al mutuatario per la restituzione un termine più o meno lungo. Ciò consuona con le idee esposte dal POTHIER nel suo trattato sul contratto di prestito (1).

67. È particolarmente del termine primordiale *(dies a quo)* che, seguendo il Codice (Art. 1172-1176), intendiamo occuparci. Ora si presenta anzitutto la seguente domanda. Se il termine primordiale non è fissato nè dalla legge, nè espressamente o tacitamente dalla volontà delle parti, quand' è che dovrà eseguirsi l' obbligazione? Risponde l' Art. 1173 che deve allora

---

(1) POTHIER, *Traité du contrat du prêt de consomption* (*Oeuvres*, T. III, Bruxelles, Jonker 1830), n. 48, pag. 41. Conf. pure fra tanti, LAURENT, *Principes*, XXVI, n. 503, pag. 516-517, RAMPONI, *Op. cit.*, pag. 45.

eseguirsi subito, e ciò d'accordo col Diritto romano, dove nella l. 14 D. de regul. iur. 50, 17 Pomponio lasciò scritto: « In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur ». Sono conformi la l. 41 § 1 D. de verb. obl. 45. 1 di Ulpiano e il § 2 Inst. de verb. obligat. 3, 15, nel quale ultimo è usata una formula preferibile per esattezza a quella delle altre due leggi e del nostro Art. 1173, dicendovisi che ciò che fu stipulato puramente, senza aggiunta di termini, *confestim peti potest*. Perchè infatti col dire che, in difetto di termine, l'obbligazione *deve eseguirsi subito*, parrebbe che subito il debitore si trovasse in mora se non la adempie, mentre invece vedremo a suo luogo ch'egli non sarebbe in tal caso costituito in mora senza una previa intimazione od altro atto equivalente (Art. 1223 ult. capov.). Diremo dunque più esattamente che, se non c'è termine espresso, o legale, o tacito, il debitore può subito adempiere e il creditore può subito esigere la prestazione (1), ch'è la formula adottata dal *Codice svizzero* delle obbligazioni (2) e dal nuovo *Codice germanico* (3).

68. Già si è visto, a proposito della determinatezza dell'oggetto dovuto, necessaria perchè si abbia obbligazione, come non possa rimettersi alla volontà del debitore il precisare la prestazione da effettuarsi, ma non si escluda che a lui sia rimesso il termine entro cui effettuarla (v. s. n. 37, pag. 101). *Quid iuris* in tale caso?

In Diritto romano troviamo a questo proposito una importante legge di Paolo, la l. 46, § 2 D. de verb. obligat. 45, 1, così concepita: « Si ita stipulatus fuero, cum volueris, quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem si, antequam

---

(1) Cfr. Bellavite, *Op. cit.*, pag. 52, combinato con ciò che scrive Ramponi, *Op. cit.*, n. 29, pag. 52.

(2) Art. 86: « Può essere chiesto ed eseguito immediatamente l'adempimento di un'obbligazione pel quale il tempo non sia determinato nè dal contratto nè dalla natura del negozio giuridico ».

(3) § 271: « Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken ».

constituas, morieris, quod verum est ». E al § 3 dello stesso frammento si legge: « Illam autem stipulationem si volueris dari inutilem esse constat ». Dunque per Paolo se il debitore muore senz'avere adempiuta l'obbligazione e senza avere nemmeno precisato il giorno dell'adempimento rimesso al suo arbitrio, cadeva la stipulazione. Senonchè alcuni interpreti, come il Molitor (1) e con lui il Giorgi (2), non ammettono nemmeno per Diritto romano questa conclusione, ma credono essere la clausola *cum volueris* un termine che autorizza il debitore a differire l'adempimento del contratto fino alla sua morte, dopo la quale il contratto dovrà indubbiamente adempiersi dagli eredi. E osservano che la legge di Paolo vale soltanto per la *stipulatio*, forma di contratti rigorosissima, *stricti iuris*, oppure mettono innanzi per ispiegarla l'ipotesi che, nel caso concreto su cui decideva il giureconsulto romano, si trattasse di un debitore che si era riservata piena libertà di adempiere o no l'obbligazione, onde la clausola *cum voluerit* si risolveva nell'altra *si voluerit*. Si accettino o no simili spiegazioni del passo (3), quel che a me preme intanto è di segnalare il concetto della differibilità dell'esecuzione alla morte del debitore per parte degli eredi suoi, messo innanzi da qualche interprete a proposito della legge di Paolo, perchè vedremo ch'esso fu pure utilizzato da talune legislazioni moderne e c'è chi crede che non debba abbandonarsi del tutto nemmeno nell'interpretazione del Codice nostro su questo argomento. Al quale si riferisce l'Art. 1173 capov., così concepito: « Spetta ugualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per

---

(1) Molitor, *Les obligations en Droit romain*, T. I, 2e édit., Paris, Thorin 1874, n. 143, 144, pag. 178-181; secondo il Molitor detta clausola (*cum voluerit*) rende condizionali le stipulazioni al pari dei legati sicchè se il promittente muore prima di avere ulteriormente fissato il termine, la stipulazione cade *deficiente condicione*; alias nei contratti commutativi o aventi per oggetto una restituzione, dove l'obbligazione avrà come termine massimo la morte del promittente e dovrà in ogni caso adempiersi dai suoi eredi.

(2) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 298, pag. 336-337 e n. 372, pag. 414-15.

(3) **Contra** fra noi Ramponi, *Op. cit.*, n. 15, pag. 33-37.

l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore ".

Con ciò si è colmata una lacuna della legislazione francese, sotto la quale, dato appunto il silenzio di quel Codice, la dottrina generalmente accoglie quella soluzione che il Molitor e il Giorgi vedemmo sostenere propria del Diritto romano (1). Meglio di tutti il *Codice austriaco* (§ 904) e il *sassone* (§ 715) distinguono. Se trattisi di obbligazione meramente personale, non trasmissibile agli eredi, cioè che riguarda atti da compiersi dal debitore in persona, verrà assegnato dal giudice un termine conveniente; in caso contrario, si deve aspettare la morte del debitore ed attenersi agli eredi, se egli appunto muoia senza eseguire l'obbligazione che dichiarò di adempiere quando vorrà. Ora c'è chi vorrebbe adottata questa razionale distinzione anche nell'interpretare il nostro Art. 1173 capov. L'autorità giudiziaria, si dice, non può limitare una facoltà riservata al debitore per legge di contratto (Art. 1123 pr.) se non quando il limite si renda necessario per la tutela del diritto creditorio (arg. dall'Art. 1132) (2). Ma io, pur approvando siffatta conclusione *de iure condendo,* ho gravi dubbî sulla possibilità di accoglierla in Diritto positivo nostro. Il legislatore italiano doveva ben sapere che nella dottrina francese si era formata quella forte corrente nel senso di interpretare la clausola *cum volueris* come differimento facoltativo dell'esecuzione sino alla morte, doveva conoscere altresì il disposto dei Codici testè ricordati: ebbene, nel farsi a disciplinare il caso, non ha tradotti in esplicita norma simili principî, di una differibilità dell'adempimento alla morte del debitore non parla, e invece dichiara di demandare all'autorità giudiziaria la fissazione *di un termine conveniente,* di quel termine dunque che il giudice riterrà tale nell'insindacabile suo giudizio a seconda delle circostanze.

Tace poi il Codice in questa parte ove tratta delle obbligazioni a termine del caso in cui siasi stabilito che il debi-

---

(1) Cfr. fra tanti, Larombière, *Op. cit.*, II, sull'Art. 1174, n. 4, pag. 352-353.

(2) Bellavite, *Op. cit.*, pag. 70, e Ramponi, *Op. cit.*, n. 15, pag. 38.

tore adempirà l'obbligazione non quando verrà, ma quando potrà *(cum potueris)*. Ma qui non credo certo che alcuno penserebbe di invocare la distinzione predetta fra obbligazioni strettamente personali e obbligazioni trasmissibili agli eredi (1). Se infatti nell'ipotesi del termine *cum volueris* pare si infranga la legge del contratto prefiggendo un termine all'obbligato, mentre lo si era rimesso alla sua volontà e l'obbligazione sia tale che potrà nella peggiore ipotesi eseguirsi dagli eredi, qui invece non si tratterà che di interpretare rettamente e convenientemente siffatta clausola *(cum potueris)*, evitando che il debitore schivi l'adempimento dell'obbligazione anche quando ne avrebbe o potrebbe averne i mezzi. E ne abbiamo la conferma in tema di mutuo, ove l'obbligazione è certo per sua natura tale da trasmettersi agli eredi. Dispone infatti l'Art. 1827: „ Ove siasi convenuto soltanto che il mutuatario paghi quando potrà o quando ne avrà i mezzi, l'autorità giudiziaria gli prescriverà un termine al pagamento secondo le circostanze ".

69. L'intervento dell'autorità giudiziaria in tutti i casi fin qui esaminati, per la determinazione dunque del *dies* tacito, o per fissare un limite se trattisi di obbligazione da adempiere dal debitore *cum voluerit* o *cum potuerit*, è diretto a dare una giusta interpretazione alla volontà delle parti. Ben diversa è la facoltà che in termini più o meno larghi altre legislazioni concedevano o concedono tuttora al giudice, di accordare cioè al debitore i cosidetti *termini di grazia, humanitatis causa*. Di questa facoltà, largamente ammessa nei tempi andati, è rimasta traccia nel *Codice francese* all'Art. 1244 capov., secondo il quale „ i giudici possono...., in considerazione della posizione del debitore, e usando di questo potere con una grande riserva, accordare delle dilazioni moderate per il pagamento e sospendere l'esecuzione giudiziale ", massima ch'era stata pure accolta dai Codici *sardo* (Art. 1334), *parmense* (Art. 1221) e *delle due Sicilie* (Art. 1197), dal primo bensì con qualche maggiore determinazione.

---

(1) E infatti la respinge il Ramponi, da cui pure la vedemmo accolta nell'ipotesi di adempimento *cum volueris*, *Op. cit.*, n. 16, pag. 40-41.

Disposizione simile non fu riprodotta nel Codice nostro; non parve conveniente che i giudici potessero in qualche modo disporre dei diritti del creditore, e fu inoltre osservato che queste sollecitudini pei debitori morosi sono in fondo malintese, come quelle che rendono sempre più difficile il credito e più sospettosi i capitalisti (1). Inoltre hanno molto peso le seguenti considerazioni che leggonsi nella *Relazione Pisanelli:* « Partendo dall' erronea supposizione che il creditore si trovi in condizioni generalmente vantaggiose e il debitore in condizioni generalmente sfavorevoli, i vigenti Codici attribuiscono al giudice la facoltà di concedere dilazioni al pagamento. Non si pensa che nei rapporti sociali avviene spesso che il creditore è a sua volta debitore verso un terzo, senza che egli sia tenuto di dichiararlo. Se egli non riceve al tempo fissato ciò che gli è dovuto, non potrà soddisfare ai suoi impegni, una serie di procedimenti giudiziali può essere la conseguenza dell' inadempimento dell'obbligazione, della dilazione che la legge, e per essa il giudice, avrà conceduta » (2).

Senonchè quando trattasi di contratti bilaterali ed una delle parti chieda in base all'Art. 1165 la risoluzione del contratto perchè l' altra parte non ha adempiuta la sua obbligazione, è data facoltà al giudice dall' ultimo capov. di quel- l'articolo di non pronunziare subito la risoluzione, ma di concedere secondo le circostanze al convenuto una dilazione, un termine ulteriore entro cui si metta in regola se vuol evitare la risoluzione, facoltà però che al giudice non è consentita se trattisi di materia commerciale (Art. 42 Cod. comm.). C' è chi ravvisa in questo caso un termine di grazia accordato dal

---

(1) Cfr. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon* (2e édit., Paris, Cotillon 1868), pag. 251-252, che dà perciò lode al Codice nostro di essersi scostato dal francese. **Contra** Boissonade, *Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon,* (extrait de la Revue pratique de Dr. fr. t. XXVI, Paris, Marescq 1868), pag. 23.

(2) *Relazione sul Progetto del Codice civile* presentata dal M.° Pisanelli al Senato nelle tornate del 15 e del 26 Novembre 1863, in Gianzana, *Codice civile* ecc. Vol. I (Torino, Unione 1887), n. 148 pag. 91.

giudice (1). Ma invece la *Relazione Pisanelli*, in continuazione al brano sovresposto, rileva che siamo qui sovra un terreno ben diverso: « Il diritto a chiedere la risoluzione procedendo dalla disposizione della legge, questa ha potuto sottoporlo a determinate modalità. Ma quando il creditore si limita a domandare l'esecuzione dell'obbligazione, la legge e il giudice non possono intervenire fra lui e il debitore per variare la loro condizione giuridica » (2). In altre parole, un termine di grazia lo si avrebbe se, quando nei contratti bilaterali l'una parte va a chiedere l'adempimento dell'obbligazione incombente all'altra, il giudice potesse concedere a quest'ultima una dilazione. Ma questo non è; gli è solo quando in causa dell'inadempimento essa voglia ottenere la grave misura della risoluzione del contratto, che il giudice può, prima di adottare siffatta misura, concedere all'inadempiente un termine per mettersi in regola. È stata bene la legge che ha creata questa facoltà della risoluzione, ora essa ha potuto, creandola, subordinarla a quelle modalità che ha creduto. Senonchè non sarebbe del tutto senza replica questo ragionamento per chi ammetta (v. s. n. 48, pag. 136) che la legge stabilendo la condizione risolutiva dell'Art. 1165, non ha fatto che interpretare la volontà delle parti, ravvisare come tacito, per la natura (bilaterale) del contratto, quel patto commissorio che le parti poterono anche manifestare in forma espressa.

70. Sono due i principî fondamentali accolti dal Codice riguardo al termine primordiale, di cui stiamo trattando. Il primo è contenuto nell'Art. 1172, altra volta rammentato (v. s. n. 51, pag. 143 testo e nota 2), che suona: « Il termine apposto alla obbligazione differisce dalla condizione in questo che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione ». Parla qui il Codice di termine *apposto* all'obbligazione, ma il principio vale ugualmente pel termine tacito, o che scenda dalla natura o dallo scopo del negozio giuridico,

---

(1) Laurent, *Principes*, XVII, n. 177 testo e nota 1, pag. 192, a proposito dell'Art. 1184 del Cod. fr., corrispondente al nostro 1165.
(2) *loc. cit.*

e per il legale. Ed è principio affermato del pari in Diritto romano in più di un passo, e nel modo più incisivo dal giureconsulto Paolo nella l. 46 pr. D. de verb. oblig. 45, 1 colle parole *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio* (1).

71. Il secondo fondamentale principio è posto nell'Art. 1175, così concepito: « Il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore, se non risulta dalla stipulazione o dalle circostanze che si è stipulato egualmente in favore del creditore ». La massima che il termine si presuma sempre a favore del debitore valeva già per Diritto romano (2). Ma il nostro Art. 1175 è sotto più aspetti mal formulato. Intanto ha il solito vizio di non tener presenti che le obbligazioni contrattuali, mentre il principio si applicherà, non foss'altro per l'Art. 3 Dispos. prelim. del Codice (3), alle obbligazioni tutte (es. all'obbligazione di pagare un legato incombente all'erede). Poi è mal redatto, inquanto lascierebbe credere possibili due sole ipotesi, o che il termine sia a favore del debitore (ch'è la regola) o che eccezionalmente possa essere a favore di ambe le parti, mentre sta che può essere a favore del solo creditore: basti pensare al caso di deposito gratuito. Finalmente quanto all'eccezione il Codice mostra di ammetterla solo inquanto risulti dalla stipulazione o dalle circostanze. Ma non può essa risultare anche dalla natura stessa del contratto? Il Codice stesso contiene pure un esempio simile, quello del deposito testè ricordato, dove l'Art. 1860 dice: « Il deposito si deve restituire al deponente appena lo domanda, quantunque siasi fissato nel contratto un termine per la restituzione, purchè non siavi presso il depositario un atto di sequestro o di opposizione nei modi stabiliti dalla legge ». Ond'è che parmi per questa parte preferibile la locuzione dell'Art. 93 del *Codice svizzero delle obbligazioni*: « Il debitore

(1) Cfr. pure il § 2 Inst. de verb. obligat. 3, 15.

(2) Si consultino l. 38 § 16, l. 41 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 di Ulpiano e l. 70 D. de solut. et liber. 46, 3 di Celso. Nella seconda di queste leggi è detto espressamente *diem adiectum pro reo esse, non pro stipulatore*.

(3) Bellavite, *Op. cit.*, pag. 71.

può adempiere l'obbligazione anche prima della scadenza del termine, ove dai patti, o dalla natura del contratto o dalle circostanze non risulti una diversa volontà delle parti ».

Un caso in cui il termine non si presume a favore del solo debitore, ma di ambe le parti, attesa l'indole del negozio giuridico, è quello della cambiale, stabilendo l'Art. 294, 1° comma del Codice di commercio che « il possessore della cambiale non può essere costretto a riceverne il pagamento prima della scadenza ». Il possessore della cambiale, titolo girabile, può avere interesse a valersene fino alla scadenza per pagare i debiti suoi senza trasporto di danaro, può avere interesse pure a non ricevere il pagamento in un momento sfavorevole pel corso del cambio, e così via (1).

72. Si fa questione per ciò che riguarda il mutuo feneratizio. Qui appunto si sostiene da molti, ed è anzi la teoria preponderante in Diritto francese (2), che il termine sia nell'interesse comune: il creditore ha trovato per il suo capitale quel dato impiego per un dato tempo, e deve rimanere sicuro ch'esso non gli verrà meno, creandogli con un'antecipata restituzione l'imbarazzo e la difficoltà di un nuovo collocamento. E in questo senso ebbe a pronunciarsi la Corte d'Appello di Milano in un caso importante in cui si trattava di una società anonima, che aveva emesse delle obbligazioni fruttifere rimborsabili per sorteggio in ottant'anni, e che aveva cominciato a sorteggiarne annualmente ben più di una ottantesima parte. La Corte dichiarò ciò illegale (3). Ricordo questa causa perchè essa diede occasione a più d'uno scritto di valorosi giuristi in senso contrario al giudicato della Corte milanese (4).

---

(1) Conf. VIVANTE, *Il rimborso anticipato delle obbligazioni ecc.*, in *Monitore dei Tribunali*, XXXI (1890) (pag. 421-427), pag. 424, num. 3.

(2) Veggansi gli autori citati dal VIVANTE, *loc. cit.*, pag. 421, ove si dà solo il DEMOLOMBE come recisamente contrario. Fra noi in questo senso si consulti PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istituzioni*, IV, n. 94, pag. 178.

(3) Sentenza 22 Gennaio 1890 in causa Canzi c. Società ferrovie Nord-Milano (*Monitore dei Tribunali*, XXXI, pag. 143 e *Fôro italiano*, XV, I, col. 261).

(4) Cfr. VIVANTE, *loc. cit.*, E. SCIALOJA in nota alla citata sentenza nel *Fôro italiano*, RAMPONI, *Op. cit.*, n. 31, pag. 54 e segg. Va poi consultato

Nel senso della quale invece abbiamo altresì delle recenti decisioni nella giurisprudenza francese (1) ed uno scritto del Manfredi (2).

Gli avversari della tesi che nel mutuo feneratizio il termine sia nell'interesse anche del creditore, sicchè non lo si possa costringere a ricevere il pagamento anticipato, adducono gli argomenti che seguono. Si invoca anzitutto il modo onde la presunzione è formulata nell'Art. 1175: vi si dice che il termine si *presume sempre* stipulato in favore del debitore; ora si verrebbe a sottrarvi una massa grandissima di obbligazioni escludendone tutti i mutui fruttiferi. Si soggiunge che l'Art. 1175 per far cadere la presunzione vuole che il contrario risulti o dai *patti* o dalle *circostanze*, non accenna invece a possibilità che il contrario risulti dalla *natura del negozio giuridico*. Continuano osservando che non basta perchè si possa dire di essere nei termini dell'Art. 1175, che *all'atto del rimborso* il creditore dimostri di avere un interesse contrario, chè allora ciò equivarrebbe a distruggere la presunzione posta come regola dal citato articolo, essendo ben raro che coincida l'interesse di ambe le parti a quel momento. Per negare questa facoltà di antecipato pagamento al debitore occorre dimostrare che *fino dalla stipulazione del contratto* si è tenuto conto dell'interesse del creditore nello stabilire il termine per l'esecuzione dell'obbligazione. Nel mutuo dunque, tuttochè fruttifero, si dovrà avere riguardo alle clausole ed alle circostanze della stipulazione prima di negare al debitore la facoltà di restituire antecipatamente la somma presa a prestito. Potrebbe allora essere stato fissato il termine in favore del solo mutuatario contro l'interesse del mutuante, cui era facile impiegare a condizioni assai più vantaggiose il proprio

---

sull'argomento un lavoro tedesco del Freund, *Vorzeitige Rückzahlung und einseitige Konversion verzinslicher Anleihen* (Berlin, Bahr 1888).

(1) Possono vedersi riferite nel *Monitore dei Tribunali* XXXIX (1898), pag. 92 e segg.

(2) Manfredi, *Sulla restituzione anticipata di taluni prestiti pubblici* nel *Monitore dei Tribunali* del 1898, testè citato, in nota alle riferite decisioni francesi.

danaro. Io credo che quest' ultimo ordine di considerazioni abbia gran peso, ma che entrambe le teorie siano troppo assolute. Non si dovrà escludere senz' altro, per ciò solo che il mutuo è ad interesse, che possa il termine essere a solo vantaggio del debitore, ma certo il fatto del pattuito interesse sarà per sè stesso una forte *circostanza*, in base a cui facilmente ammettere, per poco che altre circostanze o clausole contrattuali la confortino, che il termine fu stipulato anche a favore del creditore. Ora queste circostanze concomitanti, per cui ritenere il *dies* a vantaggio anche del creditore, nel mutuo fruttifero parmi risultino dal solo fatto di un prestito con ammortamento per via di annua estrazione di un certo numero di obbligazioni (il caso della sentenza milanese), e ciò per una sottile argomentazione dall'Art. 1833, della quale, seguendo il Manfredi, diremo fra poco nel toccare dell' articolo stesso.

Senonchè vi ha un caso in cui, pur essendo fuor di dubbio che il termine è apposto anche nell'interesse del mutuante, egli può essere obbligato dal mutuatario a ricevere la restituzione prima della scadenza. Ciò avviene quando si tratti di mutuo ad interesse superiore al tasso legale (cinque per cento in materia civile, sei per cento in commerciale), se il termine fissato per la restituzione eccede il quinquennio. Ecco infatti ciò che dispone l' Art. 1832: « Il debitore può sempre, dopo cinque anni dal contratto, restituire le somme portanti un interesse maggiore della misura legale nonostante qualsiasi patto contrario. Deve però darne sei mesi prima per iscritto l' avviso, il quale produce di diritto la rinunzia alla più lunga mora convenuta ». Tale disposizione, che fu tanto discussa quando si compilò il Codice, io la credo meritevole di plauso. Si è ammessa la libertà nel tasso degli interessi, e sia pure, tuttochè non manchino *de iure ferendo* serie ragioni in contrario; ma conveniva poi apportarvi un qualche correttivo benigno a favor del debitore, che può aver accettate condizioni usurarie sotto la pressura del bisogno. Ha fatto dunque bene il Ministro Vacca, che ne espone le ragioni nella sua relazione intorno al Codice presentata a S. M., non accogliendo in questa parte la deliberazione della Commissione coordinatrice del

Codice, la quale con sei voti contro cinque nella seduta pomeridiana del 23 Maggio 1865 aveva stabilita la soppressione di siffatto temperamento (1).

Questo temperamento però subisce una duplice limitazione apportata dal successivo Art. 1833:

1) Non si applica la norma dell'Art. 1832 ai contratti che stabiliscono la restituzione per via di annualità che comprendono gli interessi ed una quota destinata alla restituzione progressiva del capitale. È la forma p. es. del credito fondiario e col sottrarre simili operazioni al disposto dell'Art. 1832 si intese agevolarle nell'interesse dell'agricoltura, alla quale potranno volgersi i capitali senza tema di imbarazzanti antecipate restituzioni (2). In questa parte l'Art. 1833 fornisce, nota bene il Manfredi (3), un argomento per sostenere che il termine è a vantaggio del creditore, nè sono quindi ammissibili pagamenti antecipati, quando trattisi di prestiti da rimborsarsi mediante annuo sorteggio di un certo numero di obbligazioni. Che altro infatti si ha qui se non un sistema di ammortamento diverso solo per la modalità dell'attuazione da quello che l'Art. 1833 contempla? In trentasei anni si viene ad estinguere un prestito al 5 % quando si dia un 1 % di più all'anno: ebbene un prestito simile non si potrebbe restituire prima del termine, tuttochè la durata di esso superi il quinquennio. Ora nel caso delle obbligazioni sorteggiabili, anzichè questi rimborsi parziali a tutti indistintamente i portatori di obbligazioni per via di quota annua comprendente interessi e una frazion di capitale, cosa che ai creditori può riuscire incresciosa inquanto ricevono la restituzione del capitale, per dir così, a contagoccie, si sostituisce il sistema di rimborsare ogni anno ad *un certo numero* di portatori di obbligazioni l'intero importo di esse. Ma il risultato è pure il medesimo, e quindi dev'essere lo stesso in ambidue i casi il principio regolatore.

---

(1) Per la Relazione Vacca v. Gianzana, *Op. cit.*, IV, n. 29, pag. 38-39, e quanto al verbale della seduta 23 Maggio 1865 della Commissione coordinatrice Gianzana, *Op. cit.*, III, Verbale n. 47, n. 1, pag. 444-448.

(2) Relazione Pisanelli al Senato, Gianzana, *Op. cit.*, I, n. 184, pag. 122.

(3) *loc cit.*

2) Non si applica a qualunque specie di debito contratto dallo Stato, dai Comuni o da altri corpi morali muniti delle autorizzazioni richieste dalle leggi. Del che la *Relazione Pisanelli* reca i seguenti motivi. Essendo questi enti soggetti a speciali formalità abilitanti nelle loro contrattazioni, e la loro condizione economica presentando in genere maggiore solidità, veniva a mancare la ragione della legge per comprenderli nell'eccezione stabilita riguardo agli altri debitori (1).

Simili spiegazioni sono ben poco persuasive, a mio avviso. Taccio dell'argomento della solidità economica di siffatti enti, argomento non rispondente purtroppo in moltissimi casi alla realtà e del quale, ad ogni modo, non so ben vedere la connessione col tema in esame. Ma non regge nemmeno l'altro argomento. Veggasi la censura che di questa parte dell'Art. 1833 fa il MANTELLINI nella sua opera sullo Stato e il Codice civile (2), alle cui osservazioni aggiungo le seguenti. L'esperienza quotidiana dimostra che provincie, comuni ed altri corpi morali possono dibattersi alla pari dei privati in tali angustie finanziarie, da rendere per essi accettabili condizioni assai gravose imposte loro dai mutuanti, senza che tuttavia le autorità tutorie possano assumersi la responsabilità di rifiutare al mutuo la autorizzazione, tanto si presenti urgente il bisogno e difficile il provvedervi a migliori patti. Orbene, se l'atto è, *obbiettivamente* considerato, usurario, se contro atti simili si ha generalmente il rimedio dell'antecipata restituzione del capitale spirato il quinquennio, non si sa capire perchè la considerazione *subbiettiva* della qualità della persona del mutuatario debba far cessare il rimedio stesso, quasi cessasse il mutuo di essere usurario perchè fatto a Tizio, piuttosto che a Caio, ad un comune piuttosto che ad un privato. E poi queste benedette formalità abilitanti, a motivo delle quali si credette di poter privare questi enti del beneficio in discorso, non sono altro che condizioni integranti la loro capacità. Intervenuta l'abilitazione per parte dell'autorità tutoria, questi enti devono poi trovarsi sull'identico piede di una persona già di per sè capace, nè si può di un requisito che è stato necessario semplicemente per integrare la loro capacità fare una causa di diverso trattamento quanto agli *effetti* del negozio concluso. Prendasi p. es. il caso di un mutuo contratto per un minorenne soggetto a tutela. Il tutore dovrà essere all'uopo autorizzato dal Consiglio di famiglia, la cui deliberazione dev'essere inoltre omologata dal Tribunale (Art. 301). Intervenute queste abilitazioni, se il mutuo è ad interesse eccedente il tasso legale, si applicherà pure la norma dell'Art. 1832. E tuttavia si potrebbe

---

(1) Relazione PISANELLI, *loc. cit.*

(2) MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, Vol. II (Firenze, Barbèra, 1882), pag. 425 e segg.

dire anche qui che l'occhio vigile del tutore, del Consiglio di famiglia, dell'autorità giudiziaria basta a guarentire dal pericolo di operazioni rovinose! Dovrebbe dunque valere lo stesso nel caso di cui stiamo trattando. Recentissime leggi, concernenti prestiti a provincie, comuni ed altri enti, mostrano che lo stesso legislatore si è persuaso della fallacia delle argomentazioni con le quali si era voluto confortare in questa parte il disposto dell'Art. 1833. Alludo alle leggi 24 Dicembre 1896, n. 551 sulla unificazione dei debiti delle provincie e comuni della Sicilia, della Sardegna, dell'Elba e del Giglio e 27 Giugno 1897 n. 227, che estende al comune di Roma la precedente, nonchè al Progetto di legge sotto il titolo Provvedimenti per il credito comunale e provinciale, testè votato dalle due Camere. Ma non è naturalmente mio ufficio di addentrarmi in argomento.

L'Art. 1833 accanto alle due eccezioni già discorse ne indica una terza, dichiarando che la restituzione *ante diem*, scorso il quinquennio, non è applicabile neppure ai contratti di rendite vitalizie. Qui però non si ha un'eccezione vera e propria alla norma che stiamo esaminando: questa infatti si riferisce al mutuo ad interesse, quando invece parliamo di vitalizio si ha un contratto essenzialmente diverso. Avrebbe fatto meglio dunque il Codice a tacere qui di tal caso, che è affatto fuori di posto, tanto più che la dichiarazione quivi contenuta non fa che inutilmente ripetere quanto già si legge in appropriata sede nell'Art. 1798.

73. Dal mutuo tornando alle obbligazioni a termine in generale, risulta, concludendo, che molto interessa il decidere a favore di chi stia il termine, e ciò nei riguardi dell'antecipazione nell'adempimento, antecipazione che il creditore non può esigere, ma il debitore può spontaneamente effettuare ove il termine sia *pro reo*, che il creditore può esigere, ma di regola non il debitore imporgli, se il termine è ad esclusivo favore del creditore, che non potrà finalmente seguire se non di comune accordo se il termine è nell'interesse di entrambe le parti.

(Ho detto che di regola, e non sempre in via assoluta, se il termine è a favor del creditore non può il debitore imporgli antecipato pagamento, e ciò perchè tengo presente il caso di deposito, di cui all'Art. 1860 capov. Ma il punto è dubbio: p. es. il Pacifici-Mazzoni crede non applicabile detto capoverso se c'è un termine espresso o tacito per la durata del deposito (1). Sembra a me l'opposto, in base all'avverbio *parimenti* che collega il capoverso dell'Art. 1860 al primo comma, ove si contempla pure la facoltà del deponente di esigere di ritorno la cosa quando crede *anche se* fu stabilito un termine).

---

(1) Pacifici-Mazzoni, cit. *Istituzioni*, V, n. 277, pag. 440.

Orbene, una presunzione assiste il debitore, cioè che sempre il termine stia a favor suo, sicchè tocca al creditore che sostiene l'opposto il fornirne le prove, desumibili, vedemmo, o dall'atto costitutivo dell'obbligazione ovvero dalle circostanze. È di tutta evidenza che, se il debitore a cui beneficio stava il termine, scientemente e deliberatamente vi rinuncia, e paga prima, non può ripetere il pagamento. Ma *quid iuris* se pagò antecipatamente per errore? Anche allora l'Art. 1174, chiarendo esplicitamente un punto dubbio in Diritto francese di fronte al corrispondente Art. 1186 del Codice Napoleone, nega la ripetizione. Questo principio sembrami di una bontà assai discutibile, tuttochè abbia le sue radici nel Diritto romano, e precisamente nelle l. 10, di Paolo, 16 § 1, di Pomponio, 17, 18, di Ulpiano, D. de condict. indeb. 12, 6 (1).

In vista specialmente di questo diritto del creditore alla *soluti retentio*, il Siméon raffronta l'obbligazione a termine alla obbligazione naturale (2), ma data pure l'ammissibilità della cosa per Diritto romano, non reggerebbe il paragone in Diritto nostro, dacchè abbiamo sostenuto che nell'obbligazione naturale la *soluti retentio* non ha luogo presso di noi se si pagò per errore (V. s. n. 26, pag. 69).

Il legislatore nostro avrebbe fatto bene ad eliminare un altro dubbio tuttora possibile anche presso di noi come in Francia. Si domanda cioè se chi pagò per errore antecipatamente, dato pure che non possa chiedere di ritorno quanto ha pagato, possa almeno esigere dal creditore un compenso per quel tanto di vantaggio ch'egli ritrasse dall'antecipazione. Era p. es. un fondo ch'io doveva consegnare di qui a un anno a Tizio, per errore glielo do subito, ed egli quindi per un anno di più ne gode i frutti, naturali o civili, oppure trattavasi di un mutuo gratuito, e io, credendolo già scaduto, ne restituisco l'importo a Tizio mutuante, mentre avrei po-

---

(1) Vedine pure la censura in Giorgi, *Op. cit.*, IV, n. 397, pag. 451 e segg., ove è combattuto anche il Pescatore, *Ingiusta giustificazione dell'Art. 1174 del C. c. mercè le rivelazioni della pratica* in cit. *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, pag. 328 e segg.

(2) Siméon, *Op. cit.*, § 5, pag. 18-19.

tuto tenerlo un anno ancora. In tal caso perdo di godere i frutti di quella somma nel tempo intermedio, ciò che le fonti romane chiamano *interusurium* (1), come in generale questo vantaggio derivante dall' antecipato godimento è altrove denominato *temporis* o *medii temporis*, o *repraesentationis commodum*, ovvero anche *commodum in repraesentatione* (2). Si intende che chi ha pagato prima del tempo scientemente non possa più chiedere questo *commodum repraesentationis*, ma l' equità suggerisce l' opposto s' egli ha soddisfatta l' obbligazione antecipatamente per errore. Vada pure che il creditore possa conservare ciò che *ante diem* gli fu prestato, chè in fondo *suum recepit*, ma egli farebbe addirittura un indebito lucro se pretendesse avvantaggiarsi dell'*interusurium*, per l' importo del quale si è precisamente verificato il pagamento di un indebito, donde l' obbligo a restituzione, nè più nè meno che se per errore a scadenza io pagassi centocinque mentre debbo cento, dove potrei, per gli Art. 1145, 1147, 1148 chiedere di ritorno i cinque dati in più. Bene dunque fu osservato che la restituzione dell' *interusurium* è qui applicazione *pura e semplice* delle norme sulla *repetitio indebiti* (3) e non un'applicazione analogica, come altri la disse (4).

74. Vi sono tre casi in cui il debitore perde il beneficio del termine, sicchè il creditore può prima della scadenza chiedergli l' adempimento dell' obbligazione. Li contempla l' Art. 1176, così concepito: « Il debitore non può più reclamare il benefizio del termine se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha date le cautele promesse ». Vi corrisponde l' Art.

---

(1) l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 66 pr. D. ad leg. falc. 35. 2, ambedue di ULPIANO.

(2) l. 24 § 2 D. sol. matr. 24. 3 di ULPIANO, l. 82 pr. D. de leg. 2 (XXXI) di PAOLO, l. 45 pr. D. ad leg. falc. 35. 2 di PAOLO, l. 1 § 2 D. de dot. praeleg. 33. 4 di ULPIANO, l. 10 § 12 D. quae in fraud. cred. 42. 8 di ULPIANO.

(3) RAMPONI, *Op. cit.*, n. 33, pag. 63.

(4) Così ad es. BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 64. Quanto poi al modo di valutazione dell' *interusurium* veggansi VANGEROW, *Op. cit.*, § 587, pag. 175-182 e FERRINI, *Op. cit.*, n. 423, pag. 599-601.

1188 del Codice francese, con la sola differenza che non accenna alla terza causa di perdita del beneficio, ammessa tuttavia concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese. Si ritiene che vengano a mancare in questi casi i presupposti in vista dei quali il termine fu conceduto, e che, scossa la fiducia nel debitore per le mutate sue condizioni economiche, a ragione il creditore voglia senza indugio realizzare il suo credito.

La prima causa è la *insolvenza*. Parola opportunemente sostituita a quella di *fallimento*, che leggesi nel corrispondente articolo del Codice francese. Infatti hanno dovuto in Francia dottrina e giurisprudenza intervenire dichiarando che il principio si applica anche ai debitori civili, rispetto ai quali di fallimento non si può parlare: chi lo fece invocando l'*eadem ratio*, motivo da solo non bastante, mentre siamo in tema di decadenza da un diritto, da interpretarsi restrittivamente; chi invece invocò più a proposito altri articoli dello stesso Codice Napoleone, gli Art. 1613, 1913, 2032 n. 2, corrispondenti agli Art. 1469 capov., 1786, 1919 n. 2 del Codice nostro, relativi alla vendita, alla rendita perpetua, alla fideiussione, ove si trova espressamente applicato il principio della decadenza dal termine non nel solo caso di fallimento, ma anche in quello d'insolvenza del debitore (1). Il nostro Codice ha voluto togliere di mezzo ogni dubbio sostituendo la parola insolvenza all'altra fallimento. Ma che cosa poi intendere per insolvenza? C'è chi applica qui il concetto medesimo che vale pel fallimento dei commercianti, che si sa essere determinato dal fatto della cessazione dei pagamenti, compatibile (pongasi per momentaneo arenamento d'affari) col fatto dell'essere il passivo non superiore all'attivo, come viceversa è possibile che il passivo superi l'attivo e tuttavia non si abbia lo stato di fallimento, perchè i pagamenti, per l'abilità del commerciante e per l'uso ch'egli fa del credito, non sono cessati, ma continuano regolarmente. Così il LAROMBIÈRE (2), a

(1) LAURENT, *Principes*, XVII, n. 195, pag. 207-208.
(2) LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, III, sull'Art. 1188, n. 4, pag. 283-284.

cui si è accostata fra noi la Corte d'Appello di Lucca (1). Ma non si sa vedere il motivo di trasportare qui un concetto tutto proprio del Diritto mercantile, violando la norma fondamentale di ermeneutica posta nell'Art. 3 Tit. prelim. del Codice, per cui « nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal *proprio significato delle parole* secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore ». Ora il significato proprio di insolvenza non è già quello di cessazione di pagamenti, eventualmente momentanea mentre l'attivo superi il passivo o per lo meno lo copra, ma sì di uno stato di sbilancio economico, per cui il debitore non potrebbe far fronte a tutti i suoi impegni ugualmente (2). Il che d'altra parte non vuol dire, chè sarebbe un eccesso nel senso opposto, mancanza assoluta di mezzi, impossibilità di pagare nessuno dei proprî debiti, chè allora oltre a tutto, come benissimo ebbe ad esprimersi la Corte d'Appello di Venezia, resterebbe frustrato lo scopo della legge che ebbe in mira di tutelare l'interesse del creditore col facoltizzarlo a ripetere subito quel credito che potrebbe diventare inesigibile coll'attendere la decorrenza del termine convenuto (3). Si invoca pure in questo senso il modo onde la insolvenza *(déconfiture)* era concepita nell'antico Diritto francese, ed anzi definita nell'Art. 180 della *Coutume de Paris:* « Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles que immeubles, ne suffisent pas aux créanciers apparents ».

---

(1) Sent. 9 Marzo 1888, in causa Viganotti-Giusti c. Comune di Pisa (*Annali di giur. it.*, 1888, parte II, pag. 468).

(2) Sul vero concetto di insolvenza o decozione, in quanto si distingue dal fallimento, v. PATRIOLI, v.° *Decozione* in *Digesto it.*, Vol. IX, parte I, n. 21 e segg., pag. 649 e segg.

(3) Sent. 29 Dicembre 1892 in causa Colussi - Da Prà (*Temi Veneta*, XVIII, pag. 134). In questo senso si pronunciò pure la Corte d'Appello di Bologna con sentenza 31 Maggio 1886 citata in nota alla predetta sentenza dell'Appello veneto nella *Temi*, e stanno nella dottrina, fra altri, il LAURENT, *Principes*, XVII, n. 196, pag. 208-209, il DEMOLOMBE, *Op. cit.*, XXV, n. 666-667, pag, 631, il DE FILIPPIS, *Op. cit.*, V, n. 213, pag. 313, il BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 65, il GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 409-410, pag. 465-466.

Un' altra questione è sorta presso di noi, se cioè anche il debitore commerciante sia passibile della disposizione in esame, sicchè possa un creditore singolo chiederne la decadenza dal beneficio del termine per titolo di insolvenza, o se invece essendo qui possibile il più vasto e collettivo processo di fallimento, a questo e non ad altro si possa in tal caso ricorrere. La Corte di Cassazione di Firenze, con sentenza 7 Luglio 1887 (1) annullando una elaborata decisione dell' Appello veneto, pronunciò che l'Art. 1176 si applica bensì anche ai commercianti ma che il Codice di commercio non reputa insolvente il debitore commerciante se non quando cessi di pagare i suoi debiti, e cada così in istato di fallimento, che è appunto, dice la sentenza, lo stato legale di insolvenza dei commercianti. Quindi non può un creditore singolo, per proprio conto, far pronunziare decaduto il debitor commerciante dal termine pendente per la sua ragione di credito, ma deve addirittura farne pronunziare il fallimento. Altrimenti, si è detto, con indiscrete indagini sullo stato di solvenza del commerciante potrebbe uno qualunque dei suoi creditori a termine scuoterne il credito. Quindi *aut, aut:* o ci sono gli estremi del fallimento, e lo si faccia aprire nell' interesse comune dei creditori, o non ci sono, e non si molesti il debitore con grave danno degli affari suoi.

Ma contro questa decisione, diametralmente opposta ad una precedente della Cassazione subalpina (2), si è sollevato un vero plebiscito nella dottrina. Già il Bolaffio avea scritto, prima che la sentenza fiorentina uscisse, un bellissimo articolo in favore della decisione veneta che venne cassata (3), ma poi contro la cassazione si pronunciarono senza indugio altri eminenti autori (4), alle cui osservazioni pienamente mi

---

(1) In causa Ravenna-Rocca (*Temi Veneta*, XII, pag. 360).

(2) Sent. 24 Luglio 1882 in causa Schiaffino c. Banco sconto e sete di Torino (*Giurisprudenza*, XIX, pag. 655).

(3) Nel *Monitore dei Tribunali*, XXVIII (1887), pag. 345-355.

(4) Così il Vidari nel *Filangieri*, il Pagani in nota alla sentenza della Cassazione nella *Temi Veneta*, il Piccaroli nella *Giurisprudenza*, il Ricci nella *Giurisprudenza italiana*, il Cuzzeri nel *Monitore dei Tribunali*, il Corsi nella *Legge*. Le osservazioni loro sono riprodotte nella parte sostanziale

associo. La massima *vigilantibus iura succurrunt* consiglia intanto ad escludere la pretesa limitazione a carico del creditore di un commerciante: male poi si invoca l'interesse di quest'ultimo, di cui si scuoterebbe altrimenti il credito, sia perchè è tale argomento che potrebbe al caso aver valore *de iure condendo*, e non *de iure condito*, dove non si ha alcuna disposizione che renda inapplicabile l'Art. 1176 ai commercianti, o che quanto meno dichiari diverso a loro riguardo il concetto di insolvenza ivi enunziato. E poi non è invece la tesi avversaria quella che più pregiudica il commerciante, costringendo il creditore singolo che si accontenterebbe, a presidio del proprio avere, del rimedio dell'Art. 1176, a procurare invece la maggior rovina del debitore col provocarne il fallimento? Si pensi inoltre che l'espressione non solvenza fu nell'Art. 1176 sostituita, come si è visto, alla parola fallimento usata dal Codice francese, con intento di allargarne l'applicazione, e però si andrebbe contro la mente del legislatore col darvi qui invece simile interpretazione restrittiva. Finalmente parmi decisivo il riflesso che, giusta l'Art. 687 del Codice di commercio, la dichiarazione di fallimento di un commerciante per cessazione dei pagamenti può essere chiesta soltanto dai creditori per causa di commercio. Laonde rimarrebbero disarmati, privi ingiustamente di ogni soccorso, se si adottasse la teoria oppugnata, i creditori del commerciante per causa civile, i quali nè potrebbero valersi dell'Art. 1176 visto il concetto speciale di insolvenza del commerciante messo innanzi dalla Cassazione toscana, nè farne dichiarare il fallimento, rimanendo eventualmente spettatori passivi di fronte ai ripieghi sempre più rovinosi coi quali il loro debitore riuscisse a tenersi in bilico continuando i pagamenti sì da evitare il fallimento (1).

---

nella *Temi Veneta* del 1887, pag. 177 e segg. Vi si aggiungano Errera, *L'insolvenza del commerciante* ecc. nel periodico *Il Diritto commerciale* del 1888, VI, pag. 305-330, e l'[illegible], *loc. cit.*, n. 52 e segg., pag. 658 e segg. (del *Dig. it.*, Vol. IX, parte I). Per una soluzione ecletica sta il Brezzo, *La revoca degli atti fraudolenti* (Torino, Bocca 1892), n. 244 *bis*, pag. 515-517.

(1) Conforme alla nostra tesi, perfino trattandosi di materia cambiaria, nei rapporti fra l'emittente di un pagherò e il prenditore, Cassazione di

74 *bis*. Le altre due cause di decadenza dal beneficio del termine si riferiscono alle cautele date o promesse dal debitore a guarentigia della sua obbligazione, cautele che possono essere o personali (fideiussione) o reali (pegni, ipoteche). Occorre qui, perchè avvenga la decadenza, il concorso di due elementi, uno oggettivo ed uno soggettivo. L'elemento oggettivo consiste nel fatto di diminuire le cautele date o di non fornire quelle promesse. Nè occorre si tratti di cautele date o promesse contemporaneamente al contratto (o in genere al titolo costitutivo dell'obbligazione). Il Codice francese in verità parla di cautele che il creditore avea date *dans le contrat*, tuttavia dottrina e giurisprudenza francese estendono generalmente la massima anche al caso di cautele date posteriormente (1): orbene, il nostro legislatore mostrò di voler accogliere siffatta interpretazione col sopprimere quelle parole. L'elemento subbiettivo consiste nell'imputabilità del fatto al debitore, dicendolo l'Art. 1176 decaduto dal benefizio del termine quand'egli *per fatto proprio* ha diminuite le cautele date (es. gravemente danneggiando la casa ipotecata) o non fornite le cautele promesse. L'Art. 1176 dunque non si applicherebbe se ciò provenisse da caso fortuito. Dato il quale tuttavia altre disposizioni verrebbero in soccorso del creditore. Così, trattandosi di fideiussione, se il fideiussore accettato dal creditore volontariamente o giudizialmente sia in appresso caduto in istato di insolvenza, non per questo il debitor principale decade dal benefizio del termine, egli deve bensì dare un altro fideiussore in luogo di quello, al che si fa eccezione sol quando il fideiussore divenuto insolvente non sia stato dato che in forza di una convenzione con la quale è stato proprio il creditore a volere per garante quella tal persona (Art. 1905). Se trattisi di ipoteca, datochè perissero i beni ipotecati o si deteriorassero così da diventare insufficienti alla sicurezza del creditore, dice l'Art. 1980 che questi ha diritto

---

Roma, Sent. 30 Aprile 1895 in causa Pieragostini c. Bagolini (*Foro it.*, 1895, I, col. 1130).

(1) Cfr. *Pandectes françaises* cit., v.° *Obligations*, n. 1463, pag. 191.

ad un supplemento d' ipoteca, ed in mancanza al pagamento del suo credito. Anche qui dunque non avviene la decadenza senz' altro dal beneficio del termine a carico del debitore, il quale la può evitare dando un supplemento di ipoteca. Invece quando si tratta di decadenza dal termine per colposa diminuzione delle cautele, non c' è supplemento che tenga, la decadenza oramai è incorsa dal debitore *ipso iure,* com' è regola per tutte e tre le cause contemplate dall'Art. 1176.

75. Durante la pendenza del termine a favor del debitore o d' ambe le parti, il creditore, se non può esigere il credito, può tuttavia procedere ad atti conservativi del credito stesso, la cui sussistenza è indubbia. Va notato poi che finchè il termine pende non corre prescrizione a danno del creditore, norma di evidente giustizia, sancita dall' Art. 2120, ultimo comma.

Tanto sul *dies a quo.* Riguardo al *dies ad quem* o termine finale, che si presenta nei negozî aventi tratto successivo, ma non nei soli contratti, come fu detto da taluno (1), (basti pensare al caso di un legato cui sia aggiunto un *dies ad quem*) è causa, come già si è notato (v. s. n. 51, pag. 144) di cessazione *ex nunc* del rapporto giuridico, e la sede più opportuna ad occuparsene è quella delle cause di estinzione delle obbligazioni.

Dopo di avere così discorso dell' adempimento delle obbligazioni in generale, veniamo a dir brevemente delle speciali norme che regolano l'adempimento dei debiti concernenti danaro, già segnalati come una categoria a sè di obbligazioni nel parlare dell'oggetto (v. s. n. 45, pag. 127-128).

---

(1) P. es. dal Giorgi, *Op. cit.*, IV, n. 396, pag. 449.

SEZIONE IV.

Soddisfacimento di obbligazioni di danaro

SOMMARIO

76. Obbligazioni di somma con o senza determinazione della specie di moneta: L'Art. 1821. — **77.** Obbligazioni aventi per oggetto un numero di monete di data specie: L'Art. 1822. — **78.** Del reggime monetario cartaceo a corso forzoso: questioni relative. — **79.** Debiti di monete precisate nella loro individualità. Breve accenno al deposito irregolare.

76. Sappiamo che il caso normale, cui veramente si attaglia la denominazione di debito pecuniario in senso stretto, lo si ha quando l'obbligazione è di una data somma, senza riguardo alcuno alla qualità monetaria. Allora il pagamento è validamente fatto con qualunque specie di moneta avente *corso legale*. Quindi è che, dato il sistema bimetallico, chi ebbe una somma in oro e la ritorna in argento, adempie esattamente il debito suo, perchè la considerazione del metallo scompare e si fonde nel concetto generico di moneta: dicasi lo stesso se, dato un reggime monetario cartaceo, la restituzione si faccia con la carta moneta avente corso legale. Sta sempre che si eseguisce esattamente l'obbligo proprio di dare una certa quantità di moneta quando si usa all'uopo qualsiasi mezzo di pagamento legalmente riconosciuto. In conformità a ciò l'Art. 1821 del. Codice, posto sotto il titolo del mutuo, ma estensibile, per universale consenso, al pari del successivo, ai pagamenti pecuniarî in genere, stabilisce che il mutuatario

adempie il suo obbligo quando restituisce la somma numerica prestata in quella specie qualsiasi che trovisi in corso al tempo del pagamento.

L'articolo stesso accenna che è questa somma numerica indicata nel contratto che deve restituirsi, non più nè meno, anche se nel frattempo è avvenuta diminuzione od aumento nelle monete. Risolvendo dunque una disputa ch'era molto dibattuta nella dottrina intermedia, dietro l'esempio del Codice francese (Art. 1895), ispiratosi in questa parte alla pratica che vigeva in Francia, dichiarata non senza censura dal Pothier (1), il nostro legislatore, quando si tratta di obbligazioni di somma, segue il criterio del valor nominale o legale della moneta (*bonitas extrinseca*), cioè del valore attribuito alla moneta dal legislatore, sia esso dichiarato, come avviene di regola, nel conio stesso della moneta, sia altrimenti, ad es. per legge, e non già il criterio del valore intrinseco (*bonitas intrinseca*), cioè del valore reale del metallo onde la moneta risulta, tenuto pur conto della lega, e nemmeno quello del valore di corso o mercantile, cioè il valore per cui realmente la moneta è ricevuta in commercio (2). Suppongasi dunque un prestito di cento lire che Tizio mi ha fatto dandomi cinque pezzi da venti lire in oro. Prima che giunga la scadenza del mutuo entra in vigore una legge che alza il valor nominale di ciascuno di quei pezzi portandolo da venti a venticinque lire. Allora, trattandosi per ipotesi di un debito di somma, io alla scadenza lo adempirò esattamente restituendo a Tizio quattro anzichè cinque di quei pezzi d'oro. Analogamente se venisse alterata la composizione di quei dischi d'oro, tenendosene fermo il valor nominale (lire venti), ma scemando p. es. di un quinto la quantità d'oro fino in ciascun d'essi contenuto, io non sarò obbligato a restituire sei di questi dischi, con che darei un valore intrinseco uguale a quello che ho ricevuto, ma un valore nominale per venti lire superiore,

---

(1) Pothier, cit. *Contrat du prêt de consomption*, n. 36, pag. 38-39.
(2) Arndts-Serafini, cit. *Pandette*, Vol. II, § 205, nota 1, pag. 19-20.

bensì adempirò al mio debito dando a Tizio cinque di siffatti dischi (1).

Simili alterazioni, improbabili oggigiorno, non lo furono nei tempi andati: si pensi alla falsificazione di monete che principi e Stati varî non si peritarono di compiere nell' età di mezzo. Potrebbe del resto avvenire che, senza alcuna idea di frode, le dette variazioni si effettuassero allo scopo di mettere in più esatto rapporto il valor nominale col valor commerciale. È noto che legalmente fra noi il rapporto fra l'oro e l' argento è di uno a quindici e mezzo, ma in realtà l' argento è così invilito, che occorrono in oggi ben più di Kgm. quindici e mezzo per l' acquisto di un Kgm. d' oro: potrebbe dunque accadere che, uscendo da quel rapporto legale, non rispondente al vero stato attuale di cose, senza dunque alcun intento meno che onesto, il legislatore procedesse alle alterazioni dianzi accennate.

Dunque, riassumendo, un' obbligazione di somma viene eseguita esattamente col dare tanta moneta quanta occorre a rappresentare al valor nominale detta somma, con facoltà di scegliere all' uopo fra le varie specie di moneta che abbiano tutte egualmente corso lègale, il che porterà in pratica i debitori a soddisfare l' obbligazione con quella specie che commercialmente val meno, p. es. con venti scudi d' argento, o meglio forse con cento lire in carta il mutuo ricevuto in cinque pezzi d'oro da lire venti. Soltanto dobbiamo avvertire che, attesa l' incomodità che importerebbe il pagamento di grossa somma in moneta spicciola, e attesa pure la notevole differenza che in questa moneta spicciola corre fra il valore reale e l'apparente, sono stabiliti dei limiti oltre i quali non si è tenuti a ricevere nei pagamenti moneta divisionaria d' argento (e a fortiori moneta di rame).

Dicemmo già altrove che resta debito pecuniario in un senso un po' più largo anche il caso in cui con la somma sia

(1) Fra gli autori moderni che approvano la norma adottata dal Codice va segnalato il Guillouard, cit. *Contrat du prêt*, n. 81, pag. 97. Nelle precedenti pagine (95-97) si trovano accennati i principali autori che sostenevano nell'antico Diritto francese l'una o l'altra teoria.

stata determinata altresì la specie metallica, onde effettu..re il pagamento. Ti presto cento lire, da restituirmi in oro. Rimarranno allora escluse le altre specie monetarie, ma permane la regola dianzi enunciata che il pagamento si faccia avuto riguardo al valor nominale.

77. Ma dove la cosa muta invece affatto d'aspetto, e solo impropriamente dicemmo potersi parlare di debito pecuniario, è quando oggetto di esso non è una somma, ma un determinato numero di monete di una determinata specie. Esempio: Ti presto, e tu mi dovrai restituire cinque napoleoni d'oro. Allora le monete sono considerate come altrettante cose fungibili: il debitore deve pagare quel determinato numero di monete di quella data specie, giusta il valore metallico delle medesime al momento in cui il debito fu contratto, senza punto badare al loro estrinseco valore, il quale può essere indifferentemente cresciuto o diminuito nel frattempo (1). Di qui il disposto dell'Art. 1822, il quale, colmando una lacuna del Codice francese, stabilisce: « La regola contenuta nel precedente articolo non ha luogo quando siansi somministrate monete d'oro o d'argento, e ne sia stata pattuita la restituzione nella medesima specie e quantità ». Esempio: Il valore estrinseco, nominale dei napoleoni è salito, la legittima autorità cioè ha stabilito che ciascuno di quei dischi valga venticinque lire anzichè venti, o invece è disceso, la legittima autorità cioè ha dichiarato che d'or innanzi ciascuno di quei dischi d'oro rappresenti dieci e non venti lire. Ciononpertanto il mutuatario dovrà sempre restituirne cinque, e non già quattro nel primo, o dieci nel secondo caso. Per un concetto poco esatto dal punto di vista dell'economia politica riguardo alla natura e funzione della moneta e per un esagerato ossequio alla volontà del Principe, dalla quale soltanto ritenevasi poter dipendere la distribuzione della moneta ai privati col valore ch'egli credeva bene di attribuirgli, il POTHIER dichiarava invece di aver difficoltà ad ammettere come valide simili convenzioni (3).

---

(1) SCHEFFER, *Op. cit.*, pag. 16.

(2) POTHIER, cit. *Contrat du prêt de consomption*, n. 37, pag. 39.

Sarà una questione di indagine di volontà quella di decidere in pratica volta per volta se in un debito pecuniario si volle aver riguardo semplicemente alla somma nel senso dell'Art. 1821 o invece alle specie monetate (*genus* non *quantitas*) nel senso dell'Art. 1822. Certo un argomento assai forte (se non per sè solo decisivo (1)) sarà l'indicazione del debito in moneta estera (ti vendo il mio cavallo e tu mi darai cento fiorini) perchè il contratto abbia a considerarsi della seconda specie. Troviamo tuttavia che in materia commerciale è assolutamente necessario, perchè la indicazione della moneta estera imprima tal carattere al contratto, che vi si aggiunga la clausola « effettivo » od altra equivalente (Art. 39 Cod. comm.) (2).

Una volta accertato che trattasi di obbligazione di quelle tali specie monetate e non di somma, come regolarsi se avvenga un'alterazione nella *bonitas intrinseca* o contenuto metallico della moneta? Si diminuisce il fino nella coniazione dei dischi da venti lire: *quid iuris* se io ricevetti cinque napoleoni d'oro e promisi di restituirne altrettanti? Allora o mi sarà possibile di trovare i cinque napoleoni del precedente conio, tali e quali li ho ricevuti, e soddisferò con essi il debito, o altrimenti dovrò dare il valore intrinseco che quelle monete avevano al tempo in cui furono mutuate, o, per dirla più in generale, al tempo in cui l'obbligazione è sorta (3), pagherò dunque bensì con la moneta oggi corrente, ma ragguagliata al valore intrinseco delle precedenti monete (4). In ugual modo, cioè effettuando siffatto ragguaglio, dovrà soddisfarsi un debito di specie metalliche nel caso in cui sia

---

(1) Come vorrebbe dovesse essere e lamenta non sia il Bolaffio cit. *Note sui debiti monetari*, n. 3 pag. 6. Il lavoro del Bolaffio è rifuso nel *Commento al Codice di Comm.* di Verona, affidato pel Vol. I, parte I al Bolaffio stesso, pag. 469-489 (Verona, Tedeschi 1883).

(2) Veggasi ora su questo Art. 39 Codice Comm. Vivante, *La moneta straniera nei pagamenti*, nel periodico *Il Diritto Commerciale*, Vol. XVI (1898) col. 162-170. Egli osserva contro il Bolaffio che non è qui il danaro trattato come merce ad onta della specificazione della moneta estera, bensì nella sua normale funzione di mezzo di pagamento.

(3) Bolaffio, *Op. cit.*, n. 8, pag. 11.

(4) Giorgi, *Op. cit.*, VII, n. 24, pag. 38.

assolutamente impossibile prestare quelle specie metalliche, perchè irreperibili o perchè demonetate. A stretto rigore, dal momento che in questa forma di debiti monetarî il danaro non è considerato nella sua funzione normale, perchè *non quantitas spectatur sed corpora*, l'impossibilità assoluta e non imputabile al debitore di dare i corpi promessi, cioè quelle tali specie metalliche, dovrebbe esonerarlo da qualsiasi obbligazione (1). Ma il carattere di danaro, in fin dei conti inscindibile dai corpi in questione, comunque considerati dalle parti, spiega l'opposta conclusione. Lasciò scritto in proposito lo Scaccia: « Omnis iustitia omnisque aequitas postulat ut debitor qui non potest solvere in forma praecisa in qua est obligatus, valeat se liberare solvendo in aequivalenti (2). Quanto siamo venuti esponendo sin qui è illustrazione del capov. dell'Art. 1822.

78. In relazione ai casi di debiti pecuniarî sin qui esaminati merita un cenno a parte l'ipotesi che il reggime monetario vigente sia quello del corso forzoso. Si è obbligati allora a ricevere nei pagamenti la carta moneta inconvertibile, inconvertibilità che distingue appunto il forzoso dal corso legale. Ciò beninteso per i pagamenti da farsi all'interno, chè per quelli da effettuare all'estero occorrerà procurarsi e adoprare moneta metallica, mentre la legge di uno Stato introduttiva del corso forzoso non può vincolare gli stranieri ad essa non soggetti. Si forma allora naturalmente, per un concorso di cause la cui esposizione spetta all'Economia politica, l'aggio più o meno elevato della moneta metallica sulla cartamoneta (3). Introdotto il corso forzoso e finchè esso dura è a ritenersi privo di effetto il patto che non si possa pagare altrimenti che in moneta metallica: ciò equivarrebbe a togliere al biglietto a corso forzoso il carattere di moneta, cioè di

---

(1) Bolaffio, *Op. cit.*, n. 9, pag. 12, che all'obbiezione risponde pure nel modo indicato nel testo.

(2) Scaccia, *De commerciis et cambio* (Coloniae, Böetzer 1620), § 2, gloss. 3, n. 115, pag. 328. Egli però va tropp'oltre, accordando tale sostituzione anche per semplice *difficoltà* di reperire le monete pattuite.

(3) Cfr., fra tanti, Vidari, *Corso di Diritto commerciale*, Vol. II (4ª. ed. Milano, Hoepli 1891), nn. 1367 e segg. pag. 616 e segg.

mezzo giuridicamente riconosciuto pei pagamenti attribuitogli per ragioni d'ordine pubblico dal legislatore, al quale proposito merita oltre a tutto di essere ricordato l'Art. 441 del Codice penale, per cui « chiunque rifiuta di ricevere per il loro valore monete aventi corso legale nello Stato è punito con l'ammenda sino a lire cinquanta » (1). Se dunque si è detto ti presto mille lire da restituirmi in oro, il mutuatario, vigente il corso forzoso, si libera dandomi le mille lire in carta. E sarebbe forse azzardato il ritenere che, se non civile, fosse qui naturale l'obbligazione del pagamento in oro.

Le opinioni poi nella dottrina e nella giurisprudenza sono divise circa la validità del debito avente per oggetto specie metalliche, quello dunque contemplato nell'Art. 1822, ove sia in vigore il corso forzoso. C'è chi lo ritiene inefficace, ed opina quindi che anche un debito in tal modo stabilito possa estinguersi in carta-moneta, facile essendo altrimenti eludere la legge introduttiva del corso forzoso, ch'è d'ordine pubblico, con l'inserire nell'atto costitutivo dell'obbligazione un simile patto che diventerebbe di stile (2). Altri invece, osservando che in tale caso le monete sono assunte come merci fungibili e non come danaro, tengono ferma l'applicabilità dell'Art. 1822 e quindi valido simile patto anche vigente il corso forzoso (3).

Dato pure che si accolga la negativa, cioè l'opinione più rigida, non ne viene che pure in senso negativo debba risolversi un'altra questione, certamente affine, se tenga cioè l'obbligo assunto di pagare l'aggio, *idest* tanto di più della somma nominale pattuita, che rappresenti il compenso corrispondente al deprezzamento della carta moneta in confronto della moneta metallica. Prestate a Tizio lire mille, o vendutegli merci a credito per tale importo vigente il corso forzoso con un

(1) Cfr. BOLAFFIO, *loc. cit.*, n. 10, pag. 13 e VIDARI, *Op. e Vol. cit.*, n. 1972, pag. 621.

(2) BOLAFFIO, *loc. cit.*, n. 10, pag. 13-14.

(3) VIDARI, *Op. e Vol. cit.*, n. 1972, pag. 621-622, GIORGI, *Op. cit.*, Vol. III, n. 398, pag. 481 (4.ª ediz.) e le sentenze pro' e contra da questi due autori citate.

patto simile, dovrà egli alla scadenza aggiungere alle mille lire in carta moneta l'importo dell'aggio della giornata, o sarà egli liberato col dare biglietti per l'importo soltanto di mille, come se il patto non fosse stato aggiunto? Chi sostiene quest'ultima tesi osserva che il patto in discorso rende illusoria l'applicazione di una legge d'ordine pubblico, giacchè è il più aperto rifiuto di ricevere la carta per il suo valor nominale (1). Ma a me sembra preferibile la tesi opposta che conta pure validissimi fautori (2). Si adducono per essa le seguenti considerazioni:

a) Le leggi che regolano il corso forzoso, stato veramente patologico nell'economia monetaria, sono di carattere eccezionale, costituiscono un *ius singulare*, da non interpretarsi estensivamente salvochè si dimostri che ne rimangono altrimenti frustrati i fini dal legislatore propostisi, per urgentissima e indeclinabile necessità sociale, con la introduzione del corso forzoso. Ora è questa dimostrazione che dovrebbero dare gli avversari e che invece non danno, sicchè il loro assunto non fa che introdurre un arbitrario divieto, estensivo di uno stato di cose per sè eccezionale. Infatti che cos'è che vuole il legislatore coll'introdurre il corso forzoso? Che la carta circoli come moneta metallica e ne faccia le veci allo stesso valor nominale quale mezzo di pagamento che nessuno potrà rifiutare. Ora anche dando efficacia al patto dell'aggio in questione, è pur sempre con la carta-moneta che il pagamento si effettua, essa dunque adempie quella funzione di moneta che il legislatore le volle attribuire e quindi la legge del corso forzoso è pienamente salva. Vietare quel patto è attribuire alla legge introduttiva del corso forzoso un ulteriore intento, ch'essa

(1) Bolaffio, *loc. cit.*, adde Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. IV (Pisa, Nistri, 1874), pag. 92 e segg., e gli altri autori e giudicati citati dal Giorgi, *Op. cit.*, Vol. III, nn. 398-406 della prima edizione del 1877 e n. 398, pag. 152 della quarta edizione.

(2) Giorgi, *loc. cit.*, Vidari, *Op. e Vol. cit.*, n. 1973-1976, pag. 623-627 e sentenze ivi citate, Pescatore, *Sul valore legale del patto che stipuli la differenza dell'aggio tra il tempo del contratto e quello del pagamento* in *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. II, pag. 266 e segg. (2.ª ediz.), ed altri autori citati dal Giorgi, *loc. cit.*

non ebbe e non potè razionalmente avere, un intento anzi che sarebbe irrealizzabile perchè repugnante a quelle leggi economiche naturali delle quali non è in arbitrio dell' autorità costituita l'arrestare il corso fatale, l'intento, in poche parole, di regolare in modo invariabile i prezzi delle cose. Sono giustissime a questo riguardo le osservazioni del compianto Pescatore, che si possono così riassumere. L' oro ha un valore stabile durante almeno il lunghissimo corso di un' epoca: esso dunque misura i prezzi più o meno variabili di tutte le altre cose. Se cento lire in oro comperano quest' anno la stessa quantità di grano dell' anno scorso, segno è che il prezzo del grano non è cambiato, se ne comperano maggior quantità, ciò vuol dire che il grano è deprezzato, se meno, è segno invece che il prezzo del grano è salito. Promulgato il corso forzoso, se si forma, poniamo, un aggio del dieci, ciò significa che cento lire di carta non comperano che novanta lire d' oro, e sarebbe pertanto un violentare il mercato, arbitrariamente pretendendo di abbassare il prezzo delle merci, l' esigere che; nonostante qualunque patto in contrario, si dovesse vendere a novanta lire in oro, corrispondenti alle cento in carta, quella quantità di grano il cui prezzo è, per ipotesi, di cento lire d' oro. Il supplemento in carta del dieci per cento è quello appunto che il compratore dovrà aggiungere per fare acquisto di quella data quantità di merce (grano) al suo giusto valor commerciale. Ciò farà parere aumentato il prezzo delle merci, ma la verità è che, rimasto fermo il vecchio prezzo commerciale delle stesse cose, si trova invece abbassato il valore reale della carta-moneta. Perchè dunque negare validità ad un patto che conduce ad uniformarsi al vero prezzo attribuito sul mercato alle cose? Perchè voler in tal guisa violentare le leggi economiche? Ma c' è di più; queste leggi economiche non si lasciano assolutamente violentare, checchè faccia e dica, e voglia il legislatore: osserva bene qui il Vidari (1) che quando egli crede di averle costrette nei lacci dei proprî articoli, esse gli sfuggono di mano per mille mezzi: si tratta di vendita,

---

(1) Vidari, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 1975, pag. 625.

e il venditore si rifarà pattuendo un prezzo più elevato, nel quale egli compenetra il calcolo della differenza derivante dall'aggio; si tratta di mutuo, ed egli esigerà un interesse più elevato. Tizio, se fosse certo che il valor della carta non cambiasse in seguito e che perdendo essa ora il dieci per cento, non iscapiterà di più di qui a un anno quando verrà a scadenza il mutuo ch'egli fa oggi a Caio, si accontenterebbe dell'interesse del cinque per cento. Ma potendo invece nell'intervallo farsi maggiore il ribasso (si ha ragione a temere che nel corso dell'anno l'aggio dal dieci salirà al quindici, al diciotto, al venti), eleva il tasso e stipula in vista di ciò l'otto per cento. Oppure, temendo la taccia di usuraio, fa lo stesso contratto, ma inserendo nella scrittura la dichiarazione che il vero interesse convenuto è del cinque e che quel tre per cento in più rappresenta il compenso del rischio a cui una parte del suo capitale si trova esposta. Ebbene, niuno dubita che in entrambi questi casi il patto è validissimo. Supponiamo ora invece che quel Tizio tema che anche simile allegazione di un rischio sia presa da taluno come un pretesto da usuraio, ch'egli rifugga inoltre da ogni contratto aleatorio, non voglia il danno eventuale proprio, ma neppure quello del debitore che si verificherebbe, p. es., ove l'aggio fosse alla scadenza il medesimo (dieci per cento) contrariamente alle originarie previsioni di aumento; supponiamo che per tutte queste buone ragioni egli stipuli onestamente ed espressamente non più del cinque per cento d'interesse, ma soggiunga a titolo di giusta indennità in caso di ribasso ulteriore nel valor della carta, che il debitore dovrà aggiungere alla scadenza tanta carta-moneta in più quanta eventualmente occorra per ricostituire allora lo stesso valore effettivo dato al sorgere del contratto. C'è ragione, c'è equità che in questo caso, in cambio del suo agire più aperto e della sua più scrupolosa onestà, si dichiari l'inefficacia del patto?

b) Quando circolano monete d'oro e d'argento in un sistema bimetallico, è da tutti ammessa la validità del patto dell'aggio fra le due diverse specie di moneta: io posso cioè validamente stipulare con Tizio, cui presto lire cento in oro, che, se me le restituirà in argento, dovrà aggiungervi l'aggio

della giornata. Ora perchè ciò non dovrebbe tener più se una delle monete in corso, anzichè metallica, è cartacea?

Su questa materia del corso forzoso mi sono un po' dilungato perch'essa è ridivenuta purtroppo di attualità. Introdotto per decreto-legge del 1 Maggio 1866, esso era stato abolito fra noi con Legge del 7 Aprile 1881. Ora le tristi condizioni finanziarie ed economiche del Paese hanno, fra altri provvedimenti, dato origine al Decreto 21 Febbraio 1894, n. 50 del SONNINO, allora ministro del Tesoro, Decreto che all' Art. 8 dichiarava temporaneamente sospeso l'obbligo del cambio dei biglietti a debito dello Stato, in altre parole ha ripristinato pei biglietti di Stato il corso forzoso, sotto riserva (Art. 13) di immediata presentazione del decreto al Parlamento per la conversione in legge. E questa non è mancata: quel decreto infatti si tramutò in legge in forza dell'Art. 11 della Legge 22 Luglio 1894, n. 339 e All. J. — È notevole un brano della Relazione del SONNINO, come quello che indubbiamente accennerebbe a voler adottare nelle questioni da noi trattate l' opinione più larga già da noi sostenuta. Vi si legge infatti che questa sospensione *pro tempore* del cambio dei biglietti di Stato « non dovrà recare nessun mutamento nelle discipline del Diritto comune intorno alla libera pattuizione delle specie utili ai pagamenti », a fortiori dunque intorno alla libera pattuizione dell' aggio.

79. **Resta**, perchè sia esaurito questo argomento del modo di soddisfare debiti aventi per oggetto danaro, che accenniamo all' ultima ipotesi già altra volta enunciata, che cioè il debito abbia per oggetto determinate monete, dei *corpora nummorum* precisati nella loro individualità. Si devono allora restituire gli identici dischi monetarî ricevuti, esempio il caso di trasporto o di commodato di monete *ad ostentationem*, e così pure il deposito di danaro racchiuso in una busta, in una cassetta sigillata o con altri mezzi simili che servono alla individuazione ed identificazione delle monete. Potrebb' essere, a proposito del deposito di danaro, che il depositario fosse stato autorizzato a valersene per restituire poi altrettanto (autorizzazione che taluni vedono implicita nel solo fatto di aver consegnato al depositario il danaro sciolto e senza alcuno dei predetti mezzi diretti ad individuarlo ed identificarlo). Si ha allora il cosidetto *deposito irregolare*, e la restituzione che deve fare il depositario al deponente non è già semplicemente della somma numerica, ma delle medesime specie metalliche ricevute, siane pure nel frattempo aumentato o diminuito il valore. Ciò a tenore dell' Art. 1848 capov. Ecco dunque una differenza dal mutuo, col quale si direbbe a primo aspetto che

il deposito irregolare si identifichi: sappiamo infatti che il mutuo di danaro, salva espressa diversa pattuizione, è per l'Art. 1821 inteso come obbligazione di somma numerica e non di specie metalliche. E non direi nemmeno che sia un tutt'uno col mutuo cui siasi per avventura aggiunto il patto contemplato dall'Art. 1822, chè, come avverte il Borsari (1), sta sempre la differenza dell'essere il deposito nell'interesse del deponente, mentre il mutuo anche nell'interesse e spesso nel solo interesse del mutuatario, il che influisce quanto al termine entro cui potersi chiedere la restituzione del danaro (2).

Capitolo II

INADEMPIMENTO O INESATTO ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE

SOMMARIO

80. La norma dell'Art. 1224 come base delle partizioni del presente Capitolo.

80. Dopo di aver esaminata l'obbligazione nel suo adempimento, che ne è il naturale effetto, dobbiamo proporci la ipotesi ch'essa rimanga ineseguita o non debitamente eseguita, in particolare non eseguita a tempo debito: in altre parole dobbiamo vedere le conseguenze dell'inadempimento o dell'adempimento non esatto. Ora queste conseguenze variano secondo la causa da cui il fatto proviene. Nella quale causa

---

(1) Borsari, *Op. cit.*, Vol. IV, Parte II, sugli Art. 1848, 1849, § 4005, pag. 189.

(2) Fra le molte opere utili a consultarsi sull'importante argomento dei debiti di danaro conserva sempre notevole valore il Savigny, cit. *Obligationenrecht*, I, §§ 40 - 48 inclus., pag. 403-508. Ottimo poi il Hartmann, *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes* (Braunschweig, Seibrock, 1868). Dell'argomento mi sono occupato anch'io, più a lungo che non convenisse nel corso presente, nella citata *Dazione in pagamento*, I, n. 59 e segg., pag. 150 e segg.

o interviene la volontaria azione dei subbietti dell' obbligazione, e conseguentemente in grado vario la loro imputabilità, e si parla di *dolo* o di *colpa,* o vi rimane estranea affatto, sicchè l' imputabilità manca, e si parla di *caso*.

Poichè dunque il criterio è dato in fondo dal concetto di *imputabilità,* accolta beninteso come imputabilità civile e non penale, è bene indicare sin d' ora come caposaldo della presente trattazione, salvo a darvi in seguito il debito sviluppo, la norma che vale circa la diligenza da impiegarsi nell' adempimento dell' obbligazione, perchè evidentemente di vero caso non si potrà più parlare tostochè quella norma venga in più o meno larga misura inosservata, sorgendo appunto allora l' imputabilità dell' evento che impedì o ritardò l' esecuzione dell' obbligazione. Ora siffatta norma è data dall'Art. 1224, il quale prescrive che si debba sempre impiegare nell' adempimento dell' obbligazione, abbia questa per oggetto la utilità di una delle parti o di ambedue, la diligenza di un buon padre di famiglia, da interpretarsi tuttavia più o meno rigidamente secondo le norme dettate per certi casi dal Codice. Solo trattandosi di deposito a questo tipo astratto *(diligentia in abstracto)* se ne sostituisce uno concreto *(diligentia in concreto),* dovendo il depositario usare nel custodire la cosa depositata la diligenza che usa nel curare le cose proprie, detta *diligentia quam in suis rebus* (sottinteso *adhibere solet*). Ciò per l'Art. 1843, richiamato già nel predetto Art. 1224. Cominciamo a parlare del caso: si dirà poi del dolo e per ultimo della colpa.

SEZIONE I.

Del Caso

SOMMARIO

81. Partizione della Sezione in tre paragrafi.

81. L' importante materia del caso, quale causa di esonero dall' adempimento dell' obbligazione, possiede una vasta bibliografia ; basterà a me l' accennare com' essa abbia eserci-

tate di recente fra noi le menti di più giuristi, fra i quali taluno acutissimo, e come nelle opere loro, che in nota ricordo, si trovi quasi completa la letteratura giuridica sull'argomento (1). Noi ne divideremo la trattazione in tre paragrafi, consacrati il primo al concetto del caso, alle sue specie, alla relativa terminologia, il secondo alla regola circa gli effetti del caso, l'ultimo alle eccezioni che detta regola soffre.

§ 1.

Concetto del caso. Sue specie. Terminologia

SOMMARIO

82. Il concetto di caso in Filosofia: insegnamenti che se ne debbono trarre per le applicazioni al Diritto. — **83.** Nozione giuridica del caso: come essa si fondi non sulla imprevidibilità ma sulla inevitabilità dell'evento. — **84.** Come la predetta inevitabilità vada intesa in un senso relativo e tuttavia non si possa nel nostro Diritto affermare che vi ha caso tostochè cessa la colpa: interpretazione da darsi in proposito agli Art. 1225, 1226, specialmente quanto alla causa estranea al debitore non imputabile. — **85.** Il cosidetto *casus dolo seu culpa determinatus.* — **86.** Caso fortuito e forza maggiore - casi di mero fatto e casi giuridici. — **87.** Transizione agli effetti del caso, cioè alla teorica della prestazione del rischio e pericolo.

82. Nel campo della pura Filosofia il concetto di caso si è prestato e si presta a molti studî, ad importanti considera-

---

(1) Veggansi particolarmente N. Coviello, cit. *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni* (Lanciano, Carabba 1895), F. Longo, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni* (Napoli, Tip. della Critica forense 1894) e su entrambi il lungo resoconto critico del Formiggini in *Rivista it. per le scienze giuridiche,* Vol. XIX, pag. 211-234, Fiorentino, *Del caso fortuito in rapporto alle obbligazioni civili contrattuali, osservazioni sul Trattato del Coviello* (Catania, Tip. dell' Etna 1896). Anche a lungo ne tratta il Tartufari, *Vendita e riporto* nel *Commento al Codice di commercio* di Verona, Vol. I, Parte II (Verona, Tedeschi 1897), specialmente sull'Art. 61 Cod. comm., pag. 133 e segg., ove in più luoghi è combattuto il Coviello, che recentemente gli ha risposto nel periodico *Il Filangieri.*

zioni (1). Comunemente si nota, fra altro, che un avvenimento è da noi qualificato casuale inquanto ignoriamo e non possiamo secondo i dati dell' esperienza prevedere le condizioni a cui va ricondotto come alla causa sua necessaria. Il concetto dunque si connette all' ignoranza umana, alla limitazione delle nostre cognizioni: data l' omniscienza, quale solo trovasi in Dio, il concetto di caso sparisce, il caso cioè obbiettivamente non esiste (2). Alle stesse risultanze si giunge se si prende la cosa dal punto di vista teleologico. Usi a ragguagliare tutto all' umana volontà sempre diretta ad uno scopo, ciò che è prodotto di essa e si ripercuote più o meno largamente nel mondo esteriore non qualifichiamo caso, mentre diciamo caso ciò che non può ricondursi ad una cosciente volontà umana od è conseguenza non intenzionale di essa. Ma anche qui dal punto di vista della Divinità e del fine per cui si reputi regolato l' ordine cosmico in tutte le sue manifestazioni, caso non esiste, potendosi ripetere la famosa frase del Bossuet: « Ce qui est hasard à l'égard de l'homme est dessein à l'égard de Dieu » (3). Non è mio ufficio d'insistere su questo terreno filosofico. Solo ne traggo una massima da utilizzare poi nel campo giuridico, dove pur vedremo seguirsi criterî in parte diversi. E la massima è questa, che il concetto di caso è un *quid* relativo, dipendente dalla limitazione delle nostre cognizioni.

83. Nella nostra legislazione il concetto specifico del caso (*casus fortuitus, vis divina, fatum, fatalitas*) risulta dalla combinazione dei due Art. 1225, 1226. Dal primo si trae che esso consiste in una *causa estranea al debitore non imputabile*, dal secondo che questa causa deve essere stata *tale da*

---

(1) Veggansi i filosofi ricordati nel discorso accademico del Prof. Max Rümelin, *Der Zufall im Recht* (Freiburg, Mohr 1896), che io qui utilizzo. Vi si aggiunga una notevole memoria del Maldidier, intitolata *Le Hasard* in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, XX (1897), pag. 561-598. Nè si trascuri, benchè in gran parte attinente ad altro ordine di fatti e di idee, la memoria del compianto ch. Prof. Ferdinando Bianchi, *L'azzardo nel Diritto* in *Riv. it. per le sc. giur.*, IX, pag. 3-31.

(2) Contra tuttavia Maldidier, *Op. cit.*, pag. 585 e *passim*.

(3) cit. dal Maldidier, *Op. cit.*, pag. 594.

impedirgli l'esatto adempimento dell'obbligo (« per cui fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato od ha fatto ciò che gli era vietato »). Se dunque, malgrado il fortuito, gli restava la possibilità di adempiere l'obbligazione, sia pure con molto maggiore sacrificio proprio, non è più da parlare di inesecuzione casuale per gli effetti che dovremo studiare. Difficoltà non è impossibilità.

Di fortuito non è più il caso di parlare se il fatto è imputabile al debitore, deve trattarsi di evento a lui interamente estraneo; chè se tale non sia, non lo salva punto da responsabilità il fatto dell'aver egli agito in buona fede (Art. 1225 in fine). Sta sempre ch'egli non impiegò la dovuta diligenza.

È una inutile e prolissa circonlocuzione quella pur tanto comune che caso sia un avvenimento non imputabile al debitore, non prevedibile, o se prevedibile, non evitabile; quando si dice che dev'essere un fatto inevitabile, *vis cui resisti non potest* (1), si è detto tutto, chè la inevitabilità o irresistibilità comprende naturalmente e a fortiori l'ipotesi di fatti che sfuggono ad ogni umana previdenza (2). È inoltre poco proprio l'includere nella definizione del caso questo estremo della imprevedibilità, dal momento che in altra parte del Codice si trova fatta parola di casi fortuiti preveduti ed impreveduti, precisamente nell'Art. 1621 capov., relativo alla locazione di fondi rustici. Il criterio della maggiore o minore prevedibilità e conseguente probabilità dell'evento distinguerà i casi in ordinarî e straordinarî o insoliti (ai quali da taluni vecchi Dottori aggiungevansi gli insolitissimi), ma quando poi siamo ad esaminare l'effetto giuridico del caso in sè e per sè, cioè indipendentemente da speciali accordi o disposizioni di volontà riguardo alla sopportazione dei rischi, la distinzione perde

---

(1) Cfr. l. 18 pr. D. commod. vel contra 13, 6 di Gaio e l. 15, § 2 D. loc. cond. 19, 2 di Ulpiano.

(2) Chironi, *Colpa contrattuale* (1ª ediz., Torino Bocca 1884), n. 304, pag. 328 e n. 306 pag. 330-331. Nella seconda edizione (Torino Bocca 1897) n. 308, pag. 686 e n. 310, pag. 689-691, il Chironi tien fermi gli stessi principi, ma, non so perchè, risparmia la censura alla inutile parafrasi moderna della definizione romana.

importanza, perchè non è detto in verità che i casi ordinarî siano tutti e sempre evitabili, o che sempre manchi la possibilità di parare le conseguenze di eventi pure straordinarî: ora è la inevitabilità che caratterizza il caso agli effetti della estinzione delle obbligazioni (1). Oltrechè inutile e improprio, è poi pericoloso il far entrare nella definizione del caso codesto criterio della non prevedibilità. Esso infatti è un criterio che la legge applica espressamente quanto ai danni derivanti da un evento imputabile (dolo o colpa) volendo che solo in caso di dolo e non anche se ricorra semplice colpa si risarciscano i danni pur non prevedibili. Ora il trasportare siffatto concetto dal danno, che è l'effetto dell' inadempimento dell'obbligazione, alla natura dell' evento che dell' inadempimento è la causa, può ingenerare confusione, alla quale non ha saputo per verità sottrarsi qualche pur eminente civilista, come il LAURENT (2).

84. Il concetto di inevitabilità è dunque fondamentale per la nozione del caso. Ma esso stesso non è assoluto, sibbene relativo al grado di diligenza che si doveva prestare e che può variare da negozio a negozio (3). Onde si capisce che il medesimo evento possa in relazione ad un dato negozio considerarsi fortuito e non invece in relazione ad altro, oppure anche, dato lo stesso negozio, sì o no secondo le circostanze varie: così il non aver munito di parafulmine l'edifizio che fu colpito dalla folgore può rappresentare una colpa per il proprietario di un vasto opificio, e non sarà tale pel contadino possessore di un casolare, sicchè nei riguardi di un contratto ri-

---

(1) CHIRONI, *Op. e Vol. cit.*, n. 312, pag. 692-694 della 2ª edizione. che è quella che intendo citare anche in seguito quando non vi apponga diversa dichiarazione.

(2) LAURENT, *Principes*, XVI, n. 267, pag. 329 e su ciò CHIRONI, *Op. e Vol. cit.*, n. 310, pag. 690. Che la forza maggiore non consista nella imprevidibilità ma nella inevitabilità dell' evento, fu deciso dalla Corte di Cassazione di Firenze con sentenza 22 Dicembre 1892 in causa De Manzoni c. Toller (*Temi Veneta*, XVIII, pag. 55) Insiste invece in quella idea il LOMONACO, *Op. cit.*, Vol. I, pag. 476.

(3) Cfr. COVIELLO *Op. cit.*, pag. 17 e *passim*, LONGO, *Op. cit.*, pag. 73 e seg.

dettante l'edifizio stesso si possa in questa seconda ipotesi e non anche nella prima parlare di caso (1).

Se lo stesso concetto di inevitabilità è così relativo e si conforma al vario grado di diligenza nelle diverse ipotesi dovuta, diremo dunque che c'è caso subito che cessa la colpa, all'effetto, ben s'intende, di considerare per esso estinta l'obbligazione? Razionalmente sì (2), ma positivamente, secondo il

---

(1) Cfr. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 15, il quale però distrugge l'efficacia dell'esempio dicendo che nel caso dell'opificio il proprietario dovrà risponderne all'industriale *se c'era obbligo di collocare il parafulmine*. Quest'aggiunta ci fa uscire dall'ipotesi del puro *caso*, non più per la natura del fatto in rapporto alle circostanze, ma perchè ci sarebbe preventiva mancanza di un obbligo contrattuale, onde un *vero dolo seu culpa in contrahendo*.

(2) E quindi io posso plaudire al SALEILLES, che, scrivendo intorno ad un Progetto di legge, cioè intorno al primo Progetto del Codice civile germanico, lo approva inquanto non parla nemmeno di caso fortuito, posto ch'esso non è che la negazione della colpa. Ecco le sue parole: « Le projet n'avait pas à définir le fait non imputable au débiteur, car il commence où finit la faute, et cette limite nous est déjà connue; on évite même en pareil cas de parler de cas fortuit, car cela tendrait à faire croire que celui-ci suppose un événement de force majeure absolument étranger au débiteur, alors qu'en réalité il s'agit d'un fait, peut-être même d'un fait attribué au débiteur, mais n'impliquant aucune faute dont celui-ci, en raison de son obligation, puisse être responsable (Art. 217) ». SALEILLES, *Théorie générale des obligations d'après le Projet de Code civil allemand* in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII (1888-89), Paris, Pichon 1889, pag. 166-204, 482-523, seguito da un *Étude sur les sources des obligations dans le Projet etc.* cit., pag. 583-670, n. 24, pag. 185. Il pregiato lavoro comparve pure a parte in un volume che ho ragion di credere sia un semplice estratto del cit. *Bulletin* perchè pubblicato lo stesso anno presso lo stesso editore: essendo esaurito, non lo potei avere ad onta di ripetute ricerche. Al carattere *negativo* del caso, ma da un punto di vista alquanto diverso, aveva già alluso il KOCH, cit. *Das Recht der Forderungen*. I (Berlin, Guttentag 1858) § 24, pag. 200, scrivendo: « Zufall ist alles, was ohne menschliches Zuthun sich ereignet, also etwas Negatives ». Il CROME, postosi anch'egli, nel considerare il caso, dal punto di vista di un concetto negativo, si rifiuta tuttavia di ammettere ch'esso sia la negazione della *culpa*, perchè, dice, bisogna tenere pure presente l'ipotesi in cui il debitore siasi assunti i rischi *(Garantiepflicht)* e allora la responsabilità sua trascendendo i limiti della colpa, non si può più dire che oltre questi limiti sorga il caso. *Op. cit.*, § 11, pag. 106. Ma questo mi pare un circolo vizioso. Il caso sorge proprio allora, ma altra cosa è che anche di esso si risponda per esplicito

nostro Diritto, parmi difficile il sostenerlo, come pure hanno tentato alcuni (1). E parmi difficile attesochè, giusta l'Art. 1225, a costituire il concetto di caso si vuole che l'evento dipenda da causa estranea al debitore non imputabile. Sono dunque due i requisiti, non basta la *non imputabilità* (elemento subbiettivo), occorre l'*estraneità* della causa, che cioè essa venga dal di fuori. E però io non credo, a differenza di taluni autori (2), vi si possa mai ricondurre una causa consistente nel fatto, sia pure non imputabile, dello stesso obbligato. Tale il caso di improvvisa pazzia che lo coglie e gli fa distruggere la cosa dovuta, o dell'erede che ignora, senza esserne imputabile, la esistenza di un debito ereditario, e dispone della *res debita*, la consuma. Se così non fosse, *ad quid* accennare i due requisiti? Bastava dire causa non imputabile al debitore. Ed è uno sforzo, che riconduce pur sempre ad una tautologia, il dire che estranea non significa estrinseca, cioè che vien dal di fuori, ma bensì estranea alla volontà. Oltre a tutto ci soccorre in cosifatta interpretazione il Pothier (3). Posto ciò, noi dobbiamo nel Diritto positivo tenere come applicazioni della regola dell'Art. 1225 i casi in cui si trova che il fatto del debitore, tuttochè non imputabile, non lo esonera, ed eccezione

---

patto. L'eccezione consentita, come vedremo, alle norme sulla *prestazione del rischio* nulla ha a che fare col *concetto del caso* e non lo modifica punto.

(1) Vedi gli autori citati nella nota 3 alla pagina 208.

(2) Ferrini, *Perimento della cosa legata* ecc. in *Annuario critico di giurisprudenza* del Cogliolo, III (1891), pag. 131-135. Coviello, *Op. cit.*, pag. 18-27. **Contra** Longo, *Op. cit.*, pag. 75-78, Fiorentino, *Op. cit.*, n. 32, pag. 29-33, il quale però male argomenta dall'Art. 1151, e molto estesamente Giorgi, *Op. cit.*, II, nn. 145-150, pag. 200-208 (4. ediz.). Ma il Giorgi, e per il modo di argomentare e per la concessione vaga che fa al giudice di usare indulgenza in casi di errore scusabile, merita le censure di poca coerenza e di petizione di principio mossegli dal Ferrini, *loc. cit.*, n. 6, pag. 134.

(3) Pothier, cit. *Traité des Obligations*, n. 661, pag. 205 e *Pandette riordinate* (trad. Bazzarini, Lib. XXX, XXXI, XXXII, n. 354, 355, 361, 362 (Venezia, Bazzarini 1834) Vol. IV, pag. 214-215, 218-219 e Libro XLVI, Tit. III, n. 106 (Vol. VI, Venezia, Bazzarini 1835) pag. 229. Il Pothier ha fedelmente seguito il Vinnio, *In quatuor Lib. Institut. imper.* sul § 16 de legat. 2, 20 (a pag. 475 del T. I, Venetiis, ex typ. Balleoniana 1873).

i casi opposti. Così appartengono alla regola gli Art. 1247 e 843, dove si parla, accanto alla colpa, di fatto del debitore per cui la cosa perisce o si deteriora e che tuttavia non lo esonera dall'adempimento dell'obbligazione, e sono invece altrettante eccezioni la disposizione dell'Art. 1851, per cui l'erede del depositario che ha venduta in buona fede la cosa depositata risponde solo nei limiti della locupletazione, e degli Art. 1148, 1149, ove lo stesso principio si applica a chi ha disposto della cosa indebitamente pagatagli, ma ricevuta da lui in buona fede.

Questo solo dunque può affermarsi che, se la causa è non imputabile, esonera il debitore, dato che sia estranea. Pure vi hanno casi in cui parrebbe ci fosse questa estraneità, e tuttavia, pur non essendo il fatto imputabile alla persona del debitore, questi rimane obbligato. Ciò avviene quando quel fatto è compiuto da persona di cui il debitore deve per legge rispondere. Veggasi in proposito quel che detta l'Art. 1247, estendendo al fortuito perimento quanto ivi si dice del solo deterioramento. Quivi o si tratta di un mandatario, e la cosa di leggieri si comprende perchè la sua persona si identifica con quella del rappresentato di cui è un *alter ego*, o si tratta di dipendenti dal debitore, di suoi impiegati o commessi, ed anche allora è ragionevole e giusto che del fatto loro, come si vale *in utilibus*, così risponda *in damnosis*, o finalmente si tratta di persone della famiglia (in ispecie minorenni soggetti alla patria potestà) od altri associati al godimento, ed anche allora, o per la responsabilità paterna o perchè si intende che tacitamente egli, il solo che contrattò col creditore, abbia assunta responsabilità anche per quegli altri, è giusto non si esoneri per il loro operato. Le applicazioni sono varie. Veggansi per esempio l'Art. 1588 relativo alla locazione di cose e l'Art. 1644 in tema di locazion d'opere.

85. A rigore, dovendo pel concetto di caso e pei conseguenti suoi effetti giuridici escludere affatto ogni imputabilità nei subbietti dell'obbligazione, non se ne dovrebbe più discorrere allorquando direttamente o indirettamente ci fu nell'evento che impedì si eseguisse l'obbligo il concorso della volontà loro, cioè di una loro azione dolosa o colposa. Io non

posso più dare l'oggetto promesso perchè mi fu rubato, ma sono stato io stesso, o deliberatamente o per trascuranza, che lo custodii così male, da esporlo al fortuito. Allora è evidente la mia imputabilità nell'evento, perchè ad esso *dolus vel culpa praecessit*, naturale quindi la mia responsabilità, e solo impropriamente si può continuare a discorrere di caso. Tuttavia in pratica si continua a parlarne sotto il nome di *casus dolo seu culpa determinatus*. Il dolo o la colpa può altresì concorrere non come causa determinante del fortuito, ma come causa che ne ha resi più gravi gli effetti (esempio trascuranza o lentezza a soffocare un incendio casualmente scoppiato). Per comodità di trattazione, pur riconoscendo che di puro caso non si può qui discorrere, seguirò anch'io con molti autori la pratica e adotterò la predetta espressione *casus dolo seu culpa determinatus*.

86. Giacchè siamo alla terminologia, osservo che bene spesso si fa parola di *forza maggiore*. Il nostro Codice usa questa espressione promiscuamente con l'altra di caso fortuito, e infatti non ne differiscono gli effetti giuridici. Soltanto la scienza civilistica qualifica per maggiore proprietà di linguaggio col nome di casi fortuiti gli eventi dovuti alle forze della natura, cui è estranea l'opera dell'uomo, come la morte naturale, la grandine ecc. e col nome di forza maggiore l'opera di un terzo che si è costretti a subire e del quale il debitore non debba rispondere. Tali la guerra, il brigantaggio, tali pure gli atti della legittima autorità (il cosidetto fatto del Principe) come sarebbe un ordine di requisizione della cosa da me promessa a Tizio, sicchè più non mi è possibile dargliela, o la legge che dichiari fuor di commercio cose che non lo erano prima ed al cui novero appartenga quella da me dovuta. Ho soggiunto che il fatto non ha da provenire da un terzo del cui operato si debba rispondere: il padre p. es. deve rispondere delle azioni dannose del figlio minorenne, alla sua podestà soggetto. Ora se il padre vincolato da una data obbligazione non la possa adempiere pel fatto del figlio, è troppo evidente che non lo possa allegare a fortuito (v. s., n. 84).

Se sotto la legge positiva fra noi vigente non c'è questione sul concetto della forza maggiore che si pareggia al caso, molto invece se ne di-

scute per Diritto romano, e il punto è così poco chiaro, che il Goldschmidt, uno di quelli che più profondamente se ne occuparono, parla in proposito di un enimma o indovinello (1). La disputa si è ripercossa anche da noi, se non *de lege lata*, che non è, dicemmo, possibile, *de lege ferenda* a proposito della legge per gli infortuni degli operai sul lavoro, riguardo ai quali si voleva da taluno venisse fatta la distinzione fra caso fortuito e forza maggiore. Precisamente il Fusinato, che ha consacrato a questo tema un pregevolissimo scritto (2), voleva si adottasse in tal materia il concetto che della *vis maior* dà l'Exner (3), per cui sarebbe un avvenimento (4) il quale *a)* estraneo all'ambiente dell'intrapresa industriale, per il suo irrompere nell'ambiente medesimo produce un danno alle persone [aggiunge il Fusinato] o ai beni, e il quale *b)* per la forma e la gravezza del suo manifestarsi sorpassa visibilmente i casi che possono attendersi nel corso ordinario della vita ». Sarebbero pertanto casi i quali *prima facie* escludono ogni sospetto di colpa dell'imprenditore. E per essi il Fusinato lo vorrebbe irresponsabile, non così degli altri danni subiti dall'operaio, sia pure per caso fortuito, e ciò in base al concetto del rischio professionale. La materia degli infortuni sul lavoro è stata recentissimamente disciplinata fra noi con Legge 17 Marzo 1898, n. 80. Ma essa, introducendo il principio dell'assicurazione obbligatoria con la quale indennizzare ogni infortunio che avvenga *per causa violenta in occasione di lavoro*, le cui conseguenze durino per più di cinque giorni (Art. 7), ha escluso quella distinzione fra caso fortuito e forza maggiore: chè anzi copre persino gli infortuni derivanti da colpa dello stesso operaio, il che tutto è messo in chiara luce dal nostro Ferraris, che tanta parte ha avuto nella preparazione della predetta legge (5).

---

(1) Goldschmidt, *Das receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, Vol. III (1860), pag. 58 e segg., 331 e segg., pag. 93. Veggasi pure in argomento Hollander, *Vis maior als Schranke der Haftung nach röm. Recht* (Jena, Fischer 1892).

(2) Fusinato, *Gli infortuni sul lavoro e il Diritto civile* in *Rivista ital. per le sc. giuridiche*, Vol. III, pag. 46 e segg., 181 e segg. Sul punto indicato nel testo cfr. pag. 216 e segg.

(3) Exner, *Begriff der höheren Gewalt* (Wien, Holder 1883), pag. 19 e segg.

(4) Nota il Fusinato che assai giustamente alla parola avvenimento è sostituita nella definizione del resto identica l'espressione *caso fortuito* dal Hafner, *Ueber den Begriff der höheren Gewalt* u. s. w. pag. 71 (Fusinato, *loc. cit.*, pag. 216).

(5) Cfr. C. F. Ferraris, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, *Relazione* al Consiglio della previdenza, Sessione del 1897 (2a ediz., Verona-Padova, Drucker 1897), pag. 41 e segg.

Continuando nella terminologia, osservo che fu detto da taluno doversi distinguere i *casi di mero fatto* dai *casi giuridici*, quelli appartenenti appunto all' ordine dei meri fatti, questi derivanti esclusivamente da una sanzione dell' ordine giuridico (esempio l' espropriazione per opera dello Stato a scopo di pubblica utilità) (1), su di che però non è il caso di soffermarsi.

87. Piuttosto è necessario chiarir bene le comuni espressioni di *prestazione o sopportazione del rischio e pericolo*. Se ne parla comunemente in ordine alle obbligazioni aventi per oggetto la prestazione di una cosa, precisamente come di *perdita della cosa dovuta* parla il Codice all'Art. 1298 e segg. fra le cause di estinzione delle obbligazioni, quasi per antonomasia, ma è certo che tutte queste espressioni e le relative norme di legge vanno estese all' inadempimento per caso fortuito di qualsiasi obbligazione. Ora le predette espressioni, riferendosi agli effetti del caso, vanno illustrate nel § 2, al quale passiamo senz' altro.

---

(1) Così l' HARTMANN, *Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung, insbes. beim Kauf*, in *Jahrbücher für die Dogmatik* etc. XXII (N. F., X, 1884) pag. 416-496. Egli vi costruisce sopra in riguardo al Diritto romano e al prussiano tutta una teoria sua propria, su cui veggasi MANENTI, *Il caso giuridico* ecc., nel periodico *Studi senesi* ecc., IV, pag. 225-298, V, pag. 30-45.

§ 2.

Effetti del caso. La regola.

SOMMARIO

88. Si precisa il significato delle espressioni *sopportazione o prestazione del rischio e pericolo.* — **89.** Origine e critica dell'antico brocardo *res perit domino, o casum sentit dominus.* — **90.** Influenza esercitata dal citato brocardo su talune legislazioni moderne, fra cui la francese e la nostra. — **91.** Si dimostra la verità del principio *casum sentit creditor,* che si traduce nell'altro *res perit creditori* trattandosi di obbligazioni di dare, delle quali si esaminano a parte le generiche e quelle riferentisi ad una *species.* — **92.** Locazione di cose ed altre obbligazioni aventi tratto successivo; come l'Art. 1578 rappresenti un'eccezione solo apparente alla regola indicata. — **93.** Spettanza al creditore dei residui della cosa fortuitamente perita e dei diritti sorti occasionalmente dal caso.

88. Chiariremo anzitutto le espressioni indicate in sulla fine del paragrafo precedente, con la scorta del Wächter (1). Vanno a tal uopo distinte le obbligazioni (2) unilaterali dalle bilaterali. Nelle unilaterali si dice che è il debitore che presta o sopporta il rischio e pericolo (*res perit debitori*) se, ad onta della perdita della cosa, egli non sia liberato dal suo obbligo e debba o prestarne un'altra in surrogazione, ovvero offrirne l'equivalente computato in danaro. Così sarebbe se dovessimo concludere che, perita fortuitamente la cosa comodata, il comodatario ne dovesse il valore al comodante. Si dirà invece

---

(1) Wächter, *Ueber die Frage Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen* in *Archiv f. die civil. Praxis,* XV 1832 pag. 97-138 e 188-222, seguito dall'Anso, *Del rischio e pericolo nella compravendita* (*Archivio giuridico,* XXV, pag. 88-155), pag. 94.

(2) Meglio forse *i contratti.*

che in simili casi è il creditore che sopporta o presta il pericolo (*res perit creditori*) se egli perda il diritto a pretendere la cosa, senza poter esigere il valore di essa od altra in sua vece; così se si dovesse decidere nel caso testè proposto che nulla più il comodatario deve al comodante. Quando abbiamo invece obbligazioni bilaterali, si dice che è il debitore che sopporta il pericolo (*periculum ad debitorem pertinet*) quando, resa fortuitamente impossibile la prestazione da lui dovuta, non può più astringere l'altra parte alla controprestazione: così, p. es., se nella compravendita, perita casualmente la merce da consegnarsi, se ne concludesse che non può il venditore più esigere il prezzo. Viceversa si dice che è il creditore che sopporta il pericolo (*periculum ad creditorem pertinet*) quando, malgrado la perdita del diritto a reclamare la prestazione dovutagli dalla controparte, egli è nonpertanto tenuto ad eseguire dal canto suo la controprestazione, come sarebbe se nel fatto esempio si venisse a concludere che, pur non potendo più avere la merce, il compratore resti obbligato a pagarne il prezzo.

Notiamo finalmente che il caso fortuito può rendere ineseguibile l'obbligazione in tutto o in parte, più precisamente trattandosi di obbligazione di dare una cosa, può l'evento di cui trattasi averla annientata o semplicemente deteriorata. Nel primo caso si parla di *periculum interitus*, nel secondo di *periculum deteriorationis*. D'ordinario essi seguono la medesima sorte; chi ha il carico delle perdite totali ha pur quello delle parziali, ma la regola non è assoluta: per esempio vedremo a suo tempo farvisi eccezione dall'Art. 1163 per le obbligazioni condizionali (1).

89. Chiarita la terminologia, veniamo finalmente agli effetti del caso, cioè a vedere quale dei due subbietti dell'obbligazione presti il rischio e pericolo nel senso or ora dichiarato.

Gli antichi interpreti del Diritto romano e dietro di essi la prassi nel Diritto intermedio costruirono un principio, del quale risentirono l'influenza anche moderne legislazioni, ma

(1) Cfr. Anau, *loc. cit.*, pag. 95.

che non è, dice bene il Cuturi, altro che uno di quei tanti brocardi che i dottori spesso formavano senza diligente e completa analisi delle leggi (1), il principio cioè *casum sentit dominus*, ovvero *res perit domino*. Sembra che questa massima la quale si cercherebbe invano nelle fonti, tragga origine da una erronea intelligenza di una costituzione di Diocleziano e Massimiano, cioè della l. 9 Cod. de pignorat. act. 4, 24, che suona: « Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit » (2). Senza addentrarmi nella questione e nella interpretazione di tal passo, basta a me rilevare come quella massima si trovi in Diritto romano smentita dai principî regolatori del pericolo nelle precipue obbligazioni. Cominciamo dalla compravendita, contratto di così estesa applicazione pratica. È noto che per Diritto romano « traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur ». Quindi proprietario rimaneva fino alla consegna della cosa il venditore. E tuttavia se intanto la cosa periva, periva a carico del compratore, tenuto a pagarne ugualmente il prezzo. Leggiamo nel § 3 Inst. de empt. et vendit. 3, 23: « Quum autem emtio et venditio contracta sit.... periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit.... emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere ». Così nella ripetizione dell' indebito, per citare un esempio ancora. Chi ricevette indebitamente una cosa da persona che se ne credeva suo debitore, ne diviene proprietario, tanto vero che contro di lui per la restituzione non si dà un' azione reale, quale la

---

(1) Cuturi, *Della vendita, della cessione e della permuta* in Fiore, *Il Dir. civ. it.*, Parte XII, *Contratti speciali* II (Napoli, Marghieri 1891), n. 59, pag. 136.

(2) Cfr. su ciò Wächter, *loc. cit.*, Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I Abth. *Die Unmöglichkeit der Leistung u. s. w.* (Braunschweig, Schwetschke 1853) § 21, pag. [illegible], [illegible], *Théorie des risques et périls dans les obligations* (Poitiers, Dupré 1875), pag. 2-37, Anau, *loc. cit.*, pag. 97 e segg., Coviello, *Op. cit.*, pag. 145 e segg., Longo, *Op. cit.*, pag. 386 e segg. Sull' origine e sul valore della massima in questione non si trascuri poi di consultare il Molitor, *Op. cit.*, pag. 257-383.

rei vindicatio, ma personale, cioè una *condictio*, la *condictio indebiti*. Tuttavia se la cosa perisce per caso fortuito, perisce a danno di chi gliela ha data, cioè del *solvens*, che quindi nulla può più ripetere dall' *accipiens* (1).

In vista di ciò i sostenitori della massima *res perit domino, casum sentit dominus*, si videro costretti ad apportarvi tante restrizioni e limitazioni, ch' essa da pretesa regola si tramutò in una pura eccezione. Il principio *res perit domino* infatti rappresenta una verità, ma una verità banale quando si prescinde da rapporti obbligatorî concernenti la cosa che fortuitamente perisce. Certo che allora essa perisce a danno del proprietario. Questa verità, così ovvia del resto, non è nemmeno completa, perchè sulla medesima cosa oltre al diritto di proprietà altri diritti reali ci possono essere contemporaneamente, come l' usufrutto, il pegno, l' ipoteca e simili, ed allora è pur certo che dalla perdita della cosa non il solo proprietario risente danno, ma tutti quelli che hanno su di essa simili diritti (2). Ma noi facciamo la questione del rischio supponendo un'obbligazione, e quindi due parti l'una di fronte all' altra, di cui l' una doveva prestare la cosa perduta, l' altra aveva il diritto di esigerla. Ed è allora che non si capisce perchè dei danni casuali debba essere gravato il proprietario come tale, è allora che il preteso principio trova nello stesso Diritto romano donde lo si volle desumere quelle gravi smentite che ho dianzi esposte. Il POTHIER (3) non ha il coraggio di abbandonare del tutto la ripetuta massima. Egli difende il principio romano, che nella compravendita il rischio sia a carico del compratore anche prima della consegna, contro quei filosofi del Diritto (PUFFENDORF, BARBEYRAC) che lo trovavano ingiusto, e ad uno dei loro argomenti, che cioè si va contro così alla regola *res perit domino*, egli risponde creando una distinzione. Ecco, tradotte, le sue parole: « Questa massima

---

(1) Cfr. l. 32 pr. D. de condict. ind. 12, 6 di GIULIANO.

(2) ANAU, *loc. cit.*, pag. 96.

(3) POTHIER, *Traité du contrat de vente* (*Oeuvres* cit. Vol. I), n. 308, pag. 356-358.

riceve applicazione quando si contrappone il proprietario a quelli che hanno la custodia o l' uso della cosa. In tal caso la cosa perisce per il proprietario piuttostochè per quelli che ne avevano la custodia o l' uso, i quali per la perdita che avviene della cosa senza loro colpa sono sciolti dall' obbligazione che avevano di restituirla. Ma quando si oppone il proprietario debitore di una cosa al creditore di questa cosa che ha un' azione contro il proprietario per farsela consegnare [caso della vendita alla romana], allora la cosa perisce per il creditore piuttostochè per il proprietario, il quale per la perdita della cosa è liberato dall' obbligo di consegnarla [pur conservando, io aggiungo, il diritto all'eventuale controprestazione]».

La necessità di tante distinzioni mostra dunque come a torto si facesse della massima *res perit domino* il criterio regolatore della prestazione dei rischi. Se è una coincidenza eventuale, ma non necessaria, che sia proprietario colui che sopporta il rischio, è segno che non si può su questa base costruire la regola che si ricerca.

90. Pure così larghe e profonde radici aveva quel canone, che il legislatore francese si fece grave carico delle citate obbiezioni dei filosofi del Diritto relative al caso di vendita, e, per ristabilire l' armonia fra il *res perit domino* e il principio che nella vendita e in altri contratti, aventi per oggetto il trasferimento di proprietà od altri diritti reali, il rischio lo sopporti l' acquirente prima ancora della consegna, andò contro al Diritto romano sul punto della necessità della tradizione per l' acquisto della proprietà (o di altro diritto reale). Sorse così l'Art. 1138 del Codice Napoleone, che suona: « L' obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. *Elle rend le créancier propriétaire* et *met la chose à ses risques dès l' instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite* (à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier) ». È già evidente in siffatto articolo la connessione che si volle vedere fra il trapasso di proprietà immediato per effetto del solo consenso (novità in confronto al Diritto romano) e la sopportazione del rischio, e più evidente ancora risulta dai lavori preparatorî di

quel Codice, precisamente da quanto ebbero a dichiarare in proposito l' oratore del Governo Bigot-Préameneu (1) e il relatore al Tribunato Favart (2).

Analogamente al Codice francese, sia pure con espressioni più corrette, il nostro all'Art. 1125 dichiara: « Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, *la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente quantunque non ne sia seguita la tradizione* ». Ecco dunque legislazioni che, per servire al preteso principio *res perit domino*, introducono questa radicale deviazione dal Diritto romano circa il trapasso di proprietà. Abbiamo d' altra parte un gruppo diverso di legislazioni, le quali, fermo il concetto romano che nemmeno fra le parti basti il solo consenso a trasferire la proprietà, ma esigendo all' uopo la consegna od un atto equivalente com' è l' intavolazione per gli immobili, modificano l' altro principio romano circa la sopportazione dei rischi, che addossano all' alienante e non all' acquirente sino a che la consegna (o l' intavolazione) non sia seguita. Così il *Codice austriaco* (3) il *Landrecht prussiano* (4), il nuovo *Codice civile germanico* (5). (Si ha finalmente un terzo gruppo di legislazioni concordi col Diritto romano in entrambi i punti. Tali il *Codice sassone* (6) e il *Codice svizzero delle obbligazioni* (7)).

---

(1) Fenet, XIII, pag. 230: « C' est le consentement des contractans qui rend parfaite l' obligation de livrer la chose.. ; *si donc* elle périt par force majeure ou par cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle *res perit domino*. »

(2) Fenet, XIII pag. 320: L' obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire du moment que le consentement a formé le contrat; « *d'où il résulte* que la chose périt pour lui. »

(3) *Codice austriaco*, §§ 1064, 1048-1051 sul pericolo, comb. coi §§ 425 e seguenti relativi alla necessità della consegna.

(4) *Allgem. preuss. Landr.* I, 10, § 1 e I, 11, §§ 95 e segg.

(5) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, §§ 323, 446 relativo alla vendita, con la sola eccezione il § 2380 nella vendita di un' eredità.

(6) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, §§ 866, 868, 1091.

(7) *Cod. fed. svizzero delle obbligazioni*, §§ 145, 199, 204.

È certo, tornando al nostro Codice, che, posto il principio dell' Art. 1125, si è allargato il campo di applicazione della regola *res perit domino*, cioè il numero dei casi in cui, dato un rapporto obbligatorio, con la proprietà coincide il rischio. Ma tuttavia non credo possano i sostenitori di quella massima cantare completa vittoria e inneggiare, come fa p. es. il Troplong (1), alla perfetta armonia stabilitasi così nella legislazione francese (e nella nostra) fra le nozioni del Diritto naturale e la regola che la cosa perisce per l' acquirente. Lasciamo stare a prezzo di quali incoerenze e, diciamolo pure, di quali storture giuridiche siasi giunti a questo apparente omaggio alla regola *res perit domino*: la proprietà è un diritto reale che dovrebb' essere valido *erga omnes*, ed ecco invece il trapasso della proprietà per sola virtù del consenso aver luogo sì, ma solo nei rapporti delle parti fra loro; rispetto ai terzi resta proprietario l'alienante sino alla trascrizione, se si tratta di immobili, come resta creditore il cedente di fronte ai terzi sino alla notifica al debitore ceduto od alla accettazione di lui per atto autentico se trattisi di cessione di crediti, pure immediatamente operativa di effetti fra cedente e cessionario; se trattasi infine di trasmissione di proprietà mobiliari, non è la priorità del contratto ma del possesso in buona fede conseguito quella che pei terzi decide (Art. 1932, 1942, 1539, 1126). Ma poi, non essendo un principio d' ordine pubblico questo del trapasso della proprietà fra le parti per solo consenso, può darsi una vendita con *reservatio dominii* da parte del venditore per un certo tempo: ebbene, aggiornato il trapasso della proprietà nel compratore, se intanto la cosa fortuitamente perisce, come si dovrà regolarsi? Avremmo qui una vendita del vecchio tipo romano e chi ci dice che non debbano appunto applicarsi le norme romane, cioè la sopportazione del rischio per parte del compratore tuttochè non ancora proprietario, sicchè la massima *res perit domino* venga qui a mancare? (2).

---

(1) Troplong, *Della vendita*, trad. it. (Livorno, Vignozzi 1838) n. 359, pag. 219.

(2) Cfr. Laurent, *Principes*, XVI, n. 212, pag. 272.

Tuttociò poi a prescindere dal riflesso che noi andiamo in traccia di una regola che valga per gli effetti del caso fortuito in ogni specie di obbligazioni, e col *res perit domino* ci si dà invece una regola la quale potrebbe trovare eventualmente il suo campo d'applicazione nelle obbligazioni concernenti prestazione di cose o di diritti sovr'esse, non nelle obbligazioni di contenuto diverso, come quelle di *fare*.

91. Noi dunque, tenendo anzitutto presente questa maggiore generalità della ricerca, e riservandoci di scendere poi al caso particolare delle obbligazioni di dare, dove più comunemente si parla di perdita della cosa e di sopportazione del rischio e pericolo, osserveremo semplicemente che per effetto del caso rimane estinta o modificata l'obbligazione senza veruna conseguenza pregiudizievole pel debitore inadempiente (1). Ed è questo il senso in cui va presa la l. 23 D. de reg. iur. 50. 17 di ULPIANO, secondo cui « casus a nullo praestantur ». Il diritto alla controprestazione, ove trattisi di contratto bilaterale, rimarrà integro, chè, non essendoci per ipotesi imputabilità, non ci dev'essere responsabilità nè danno per la parte che non può eseguire la sua obbligazione. Questa obbligazione sarà del tutto estinta se il caso porta la ineseguibilità assoluta: se porta invece ineseguibilità parziale del debito, ove la natura e lo scopo del negozio giuridico lo consentano può aver luogo l'adempimento per quel tanto che è possibile (2).

Può essere finalmente che il caso renda ineseguibile solo qualche obbligazione accessoria, rimanendo integra l'essenza dell'obbligazione principale. Questa allora continua a sussistere, punto pregiudicata da quel caso fortuito (3).

Il LAURENT reca qui l'esempio della locazione di case, ove stanno per legge, e salvo patto in contrario, a carico dell'inquilino certe riparazioni di piccola manutenzione determinate dalle consuetudini dei luoghi, e fra altre talune indicate all'Art. 1754 del *Codice francese* (1604 del nostro). Pure l'inquilino ne è dal successivo articolo 1755 (1605) dichiarato esente

---

(1) GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 10, pag. 12 (4. ediz.), CHIRONI, *Colpa contrattuale*, n. 314, pag. 694-696, COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 169 e segg.

(2) CHIRONI, *loc. cit.*

(3) CHIRONI, *loc. cit.*

se le riparazioni siano cagionate da (vetustà o da) forza maggiore, del che lo stesso Art. 1754 (1604) dà l'esempio quanto ai « vetri rotti dalla grandine o per qualche altro accidente straordinario e di forza maggiore per cui l'inquilino non sia responsabile » (1). Ma è un esempio mal recato, a mio avviso. Qui infatti non è che per forza maggiore non si possa adempiere una obbligazione accessoria già esistente, ma gli è piuttosto che dessa non sorge più perchè dalla forza maggiore o caso ha origine l'evento (rottura dei vetri) su cui altrimenti l'obbligo della riparazione si fonderebbe.

Per le cose fin qui esposte si potrà dunque, in sostituzione al vieto aforisma *casum sentit dominus*, adottare l'altro *casum sentit creditor* (2).

Quando poi ci trasportiamo alla speciale categoria delle obbligazioni relative a prestazione di cose o di diritti sovra esse, quell'aforisma si risolverà nell'altro *res perit creditori* da surrogarsi al *res perit domino*. E qui va ricordato che in due grandi classi si possono distinguere siffatte obbligazioni, secondochè ne è oggetto la prestazione di un *genere* o di una cosa determinata nell'individuo *(species)*. Nella prima ipotesi, salvo che si tratti di un *genus limitatum* (cioè si debba prestare *unum de certis*), di caso fortuito che liberi dall'obbligo della prestazione non si può parlare, perchè sta allora l'invocare la massima *genus non perit* e quindi l'impossibilità dell'adempimento, che liberi dalla obbligazione, non c'è. Esempio: trattisi di un mutuo di danaro, di grano e simili. Sia pure che il mutuatario venga a perdere fortuitamente quelle cose ch'egli avea messe da parte per adempiere la sua obbligazione, essendochè danaro, grano ce n'è sempre al mondo, l'obbligazione persiste. Del che si ha un'importante conferma in una disposizione del Codice di commercio (erroneamente basata nei *Motivi* del Codice stesso sull'Art. 1461 del Codice civile che qui non ha a che fare), cioè nell'Art. 61, che suona: « Se le merci vendute sono dedotte in contratto soltanto per

---

(1) Laurent, *Principes*, XVI, n. 270, pag. 332.

(2) Veggasi particolarmente, in quanto dispensa per la copiosa dottrina da altre citazioni, Coviello, *Op. cit.*, pag. 169-191, che si sofferma con acume sulle disparate teoriche sorte a giustificazione della massima *res perit creditori*. Contro del Coviello e in difesa del vecchio principio *res perit domino* Fiorentino, *Op. cit.*, pag. 60 e segg.

quantità, specie e qualità, senz' altra indicazione atta a designare un corpo certo e determinato, il venditore è obbligato a consegnare nel tempo e nel luogo convenuti la quantità, la specie e la qualità promesse, quantunque le merci che fossero a sua disposizione al tempo del contratto o ch' egli si fosse procacciato in appresso per l' adempimento di esso siano perite o ne sia stato per qualsiasi causa impedito l' invio e l' arrivo „.

Quando invece l' obbligazione si riferisce a cosa certa e determinata nell' individuo, il fortuito perire della cosa include necessariamente l' impossibilità non imputabile di eseguire la obbligazione e quindi disobbliga. Così nel comodato, se per un fortuito perisce la cosa, il comodatario è sciolto da ogni obbligo. Donde la norma da tanti oramai accolta *„ debitor rei certae fortuito interitu rei liberatur* (1).

Prendiamo ora un contratto bilaterale, e più precisamente la vendita. Che cosa vi troviamo? Due obbligazioni l' una di fronte all' altra, ciascuna delle quali seguirà nei riguardi dei rischi le regole che le son proprie. Se la vendita p. es. sia di una cosa certa, l' obbligazione del venditore concernerà una *species*, quella del compratore un *genus* (prezzo in danaro). Prima della consegna la cosa fortuitamente perisce, il venditore di nessuna colpa è imputabile avendo egli scrupolosamente osservato il precetto dell' Art. 1219, per cui l' obbligazione di dare include quella di conservare la cosa fino alla consegna: orbene, egli è liberato come se avesse, potendolo, consegnata la cosa. Ma dacchè lo si considera appunto come se avesse adempiuta la sua obbligazione, deve a sua volta il compratore adempiere la propria, avente per oggetto la prestazione di un *genus quod numquam perit* (il prezzo). Perfetta l' obbligazione *hinc inde*, ha poi il debito di ciascuna parte vita e sorte sua propria; chè il sinallagma *genetico*, appunto perchè tale, non trascina anche *posteriormente* l' una prestazione a subire le vicende dell' altra (2). Nè in ciò si sa ve-

---

(1) Cfr., fra tanti, Anau, *loc. cit.*, pag. 114.
(2) Cfr. Coviello, *Op. cit.*, pag. 182-191.

dere oltre a tutto quella iniquità contro cui protestavano, lo sappiamo, tanti scrittori di Diritto naturale, molto più ove si consideri che, se la cosa prima della consegna si fosse incrementata casualmente (es. per alluvione), il vantaggio sarebbe pur spettato al compratore, onde appare ragionevole e giusto che, come il *commodum*, così tocchi a lui il *periculum* (1), giusta il noto canone formulato da Paolo nella l. 10 D. de reg. iur. 50, 17 con le parole: « secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda » e viceversa (2).

92. Parrebbe che contro le conclusioni predette stesse ciò che vale per la locazione di cose. Perita ad es. fortuitamente in corso di locazione la casa da me presa a pigione, i principî esposti si direbbe dovessero condurre a questo, ch' io continuassi tuttavia a pagar la mercede pur non potendo più godere la casa. Pure non è così. Dispone infatti l' Art. 1578: « Se durante la locazione la cosa locata è totalmente distrutta, il contratto è sciolto di diritto: se non è distrutta che in parte, il conduttore può secondo le circostanze domandare la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto. In ambidue i casi non si fa luogo a veruna indennità se la cosa è perita per caso fortuito ». Ma tale norma si spiega avuto riguardo al carattere diverso dei due contratti, quello di vendita, esaurientesi d'un sol tratto, e questo della locazione avente tratto successivo (3), dove il locatore non si è obbligato a dare una cosa, ma all'*uti frui licere*, a prestare cioè continuatamente per tutto il periodo stabilito il godimento della cosa, onde si ha, come avvertimmo altrove (v. s., n. 6 pag. 17), una serie non interrotta di prestazioni rinnovantisi *quotidie et singulis mo-*

---

(1) Laurent, *Principes*, XVI, n. 209, pag. 269-270.

(2) Badisi bene dunque che noi non ci fondiamo *esclusivamente* su questo principio della correlatività fra *incommoda* e *commoda*, per la cui precisa portata veggasi Fr. Mommsen, *Erörterungen über die Regel commodum eius esse debet* etc. in *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, I Heft (Braunschweig, Schwetschke 1859), ma lo invochiamo in via sussidiaria, quasi direi a colorar di equità l'adottata regola *res perit creditori*.

(3) Giorgi, *Op. cit.*, IV, n. 243, pag. 263.

mentis. Gli è come se ad ogni momento si restipulasse la prestazione del godimento della cosa per la corrispondente frazione di mercede (1). Ora quando in corso di contratto la cosa locata perisce, si verifica per le restipulazioni concernenti il godimento avvenire un caso analogo perfettamente a quello della vendita concernente cosa già perita fortuitamente quando la vendita si stipulava, dove l'Art. 1461, applicando la massima *impossibilium nulla obligatio est* (2), dispone: « La vendita è nulla se al tempo del contratto era interamente perita la cosa venduta. Se ne fosse perita soltanto una parte, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto o di domandare la parte rimasta facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale ». E che sia proprio questo il caso analogo a quello della locazione di cui stiamo occupandoci lo conferma il vedere come il pericolo della perdita parziale sia pure in entrambi trattato ugualmente (diritto di recesso dal contratto oppure di riduzione proporzionale nel prezzo della vendita o nella mercede locatizia).

S' intende che la cosa non va presa alla lettera e in un senso per così dire materiale, ond' è cavillosa, mi perdoni l'egregio Collega, l'obbiezione che fa il Coviello (pag. 288) contro la predetta costruzione giuridica del contratto locatizio. Se vi si dovesse ravvisare, egli dice, « una serie di contratti che si formano, si estinguono e si rinnovano ad ogni istante, logicamente ne verrebbe che a ogni istante i patti si potessero mutare, a ogni istante la locazione si potesse risolvere a volontà di una sola delle parti, perchè una tacita riconduzione non è mai obbligatoria e necessaria ».

---

(1) Cfr. Anau, *loc. cit.*, pag. 123. Il Coviello, che si consulterà utilmente anche in questa parte per la esposizione critica delle varie teorie, pag. 282 e segg., ne mette innanzi poi una che vorrebbe discostarsi da quella da noi adottata e risulta vera solo per quel tanto che di quella teoria accetta. Ravvisa cioè nella locazione un contratto non perfetto perchè il suo oggetto non è ancora presente, datochè riflette non la cosa, ma il semplice godimento di essa. La cosa futura, oggetto della locazione, allora viene pienamente all'esistenza quando è giunto il termine del contratto. Cominciato il godimento capace di divisione, il contratto è perfetto solo rispetto alla parziale prestazione. Veggasi su ciò la critica del Fiorentino *Op. cit.*, n. 21 e 22, pag. 82-86, non trascurabile benchè ispirata al principio *res perit domino* da lui adottato.

(2) l. 185 D. de reg. iur. 50, 17 di Celso.

Ma ci sorprende nell' acuto e ingegnoso Collega questa materialità nel considerare le cose dove si tratta di una mera costruzione giuridica. Non diciamo che realmente ad ogni momento le parti si uniscano per rinnovare il contratto, sì da poterne anche di momento in momento mutar le condizioni, rifiutandone altrimenti la rinnovazione. I patti stipulati *ab origine*, quando la locazione fu conclusa, lo furono per tutto quel determinato periodo, e si intende bene pertanto che facciano legge indeclinabile per tutte le stipulazioni che si imaginano rinnovantisi di momento in momento. Ciò insomma che si viene ad affermare con la data costruzione giuridica è qualche cosa di simile a quanto il giureconsulto Paolo nella l. 4 D. de annuis leg. et fideicomm. 33, 1 ci insegna, d'accordo con Sabino, a proposito dei legati di prestazioni periodiche: « Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale ». Eppure anche qui nessuno si è mai sognato di prendere le cose così alla lettera, da pensare che ogni anno effettivamente il testatore sorga dal suo avello per rinnovare il lascito, ovvero che nel testamento egli abbia in realtà disposta una serie di legati, tanti quante le annualità, anzichè un legato unico, le cui condizioni e modalità eventuali saranno legge costante per tutte quante le annualità o rate avvenire.

93. La liberazione del debitore per effetto del caso fortuito si estende fin dove arriva la impossibilità della prestazione (1). Se della cosa dovuta alcunchè sopravvanza sotto qualsiasi forma ed aspetto, il creditore vi avrà diritto. Quindi la norma generale, altra volta ricordata, dell'Art. 1247, quindi in materia di soccida semplice il disposto dell'Art. 1674: « Il conduttore, che non si è obbligato a risarcire i danni de' casi fortuiti, è sempre tenuto a render conto delle pelli delle bestie e di quanto altro ne possa rimanere ». Parimenti se dal caso derivi qualche diritto, a indennità o simili, verso terzi, esso rappresenta pure un *commodum* che deve profittare al creditore il quale risente il *periculum*. Si ha qui, per usare la terminologia felicemente introdotta da Federico Mommsen (2) e dal Coviello adottata (3), quello che può chiamarsi *commodum di rappresentanza o di surrogazione (stellvertretendes commodum)* diverso dal *commodum di accessione* (*accessorisches*

(1) Coviello, *Op. cit.*, pag. 98.

(2) Fr. Mommsen, *cit. Erörterungen,* I Heft, § 1, pag. 2-3. L'intera trattazione poi è basata su questa bipartizione del *commodum.*

(3) Coviello, *Op. cit.* pag. 100.

commodum), questo concernente le accessioni e gli accessorî da prestarsi unitamente alla esistente *res debita*, quello i diritti e le azioni occasionati dalla perdita della *res debita* e sostituentisi ad essa. Esempio gli Art. 1148, 1149, 1851, dove abbiamo veduto essersi eccezionalmente esteso il concetto di caso (v. s. n. 84, pag. 211): parimenti se trattisi di obbligazione di fare di cui un terzo impedì al debitore l' esecuzione, passerà al creditore l' azione pel risarcimento contro quel terzo. A ciò si riferisce con norma che va generalizzata ad ogni specie di obbligazione l'Art. 1299, così formulato: « Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore ». Senonchè a ciò fa eccezione l' Art. 439 del Codice di commercio, ove si legge: « In caso di alienazione delle cose assicurate, i diritti e le obbligazioni del precedente proprietario non passano all'acquirente se non è convenuto il contrario ». E però, succeduto il sinistro dopo la vendita, il compratore, a carico del quale sta il fortuito, non può in compenso esigere l' indennità dalla Compagnia assicuratrice con la quale aveva stipulato il suo autore. Ciò perchè la considerazione della persona è essenziale nel contratto di assicurazione.

§ 3.

Eccezioni alla regola sulla prestazione del rischio. La prova del caso.

SOMMARIO

94. Credo si possano raccogliere in due gruppi i casi in cui si fa realmente eccezione alle esposte norme sulla sopportazione dei rischi. Ciò può provenire infatti o da volontà delle

parti, o dall' intrecciarsi al caso elementi di imputabilità del debitore.

I) *Volontà delle parti:* La volontà delle parti, o, se vogliamo parlare più generalmente, degli autori del negozio giuridico (con che si comprende il caso di obbligazione derivante da atto unilaterale quale il testamento), può spostare la sopportazione del rischio. La liceità del patto, col quale il debitore si assuma le consegnenze del caso, risulta già dall' Art. 1298, 1° capov., ma per di più troviamo configurato dalla legge stessa l' esempio di volontario spostamento nella prestazione dei rischi in materia di locazione di fondi rustici. Quivi una serie di norme disciplina il diritto ad esonero o riduzione parziale di fitto, a cui ha diritto l'affittuario, dati certi estremi, se fortuitamente perisca la totalità dei frutti od oltre la metà dei frutti di un' annata (Art. 1617. 1618, 1619). Ma poi l'Art. 1620 soggiunge: « L'affittuario può con una espressa convenzione assoggettarsi ai casi fortuiti ». Della quale convenzione l' articolo che segue precisa l'estensione, dicendo: « Tale convenzione s' intende fatta pei casi fortuiti ordinarî, come la grandine, il fulmine, la brina. Essa non s' intende fatta pei casi fortuiti straordinarî, come le devastazioni della guerra o una inondazione a cui non sia d' ordinario sottoposto il paese, eccetto che l'affittuario siasi assoggettato a tutti i casi fortuiti preveduti ed impreveduti », ipotesi quest' ultima dei cosidetti contratti di affitto *a fuoco e fiamma*, pur troppo frequenti. Ecco intanto comprovato quanto abbiamo avuto occasione di notare dando il concetto del caso, che cioè la distinzione fra casi ordinarî e straordinarî, improduttiva di effetti quando il caso si consideri in sè e per sè, può averne invece di effetti quando il caso sia contemplato in un atto di volontà, sia *inter vivos*, sia *mortis causa* (v. s., n. 83, pag. 207-208). Spetta poi al prudente arbitrio dell' autorità giudiziaria il decidere di volta in volta se siamo in presenza di casi ordinarî o di casi straordinarî, su di che il giudizio può variare col variare dei tempi, dei luoghi, delle circostanze.

Alla libera pattuizione di spostare la sopportazione dei rischi la legge ha posto un limite nell'Art. 1677 relativamente alla soccida semplice. La definizione precisa di tale contratto,

del quale altra volta ho fatto cenno, si legge nell'Art. 1669, che lo dice « un contratto per cui si dà ad altri del bestiame per custodirlo, nutrirlo ed averne cura, a condizione che il conduttore guadagni la metà nell'accrescimento. L'accrescimento consiste tanto nei parti sopravvenuti, quanto nel maggior valore che il bestiame può avere in fine del contratto in confronto con quello che aveva al principio ». Orbene, in questo contratto, nel quale di gran lunga prepondera l'elemento locatizio, ma purtuttavia si infiltra, per così dire, una vena di società, non permette l'Art. 1677 di stipulare « che il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame, allorchè avvenga per caso fortuito e senza sua colpa ».

In taluni casi non c'è un patto specifico di assunzione dei rischi e tuttavia la legge in questo senso interpreta la circostanza dell'essersi accompagnato da *stima* l'oggetto dedotto in contratto. Premettiamo che la stima può nella conclusione di un contratto intervenire per dei fini e con degli effetti varî. Talora, per non accennare che ai principali (1), essa non ha altro scopo che quello di valutare l'oggetto dedotto in contratto, o per servire a liquidare gli eventuali diritti fiscali, o per aiutare le parti in quegli svariati calcoli per i quali si rendesse in seguito necessario ad esse di avere riguardo al valore iniziale dell'oggetto (2), p. es. per calcolare i danni risarcibili ove la cosa perisca per dolo o colpa del debitore. Si ha allora quella che si dice *aestimatio taxationis* oppure *demonstrationis causa*, la quale non influisce punto sulla sopportazione del rischio e pericolo.

Altre volte la stima opera vendita dell'oggetto stimato (*aestimatio venditionis causa, aestimatio facit venditionem*) ed allora naturalmente e conseguentemente a tale suo ufficio sposta la sopportazione del rischio e pericolo. Così è, p. es., nella dote mobiliare stimata. In essa la semplice stima, salva

---

(1) Per notizie più ampie mi rimetto al trattato di un mio valoroso discepolo, cioè al Formiggini, *La stima nella conclusione dei contratti* (Torino, Bocca 1896).

(2) Formiggini, *Op. cit.*, n. 58, pag. 271.

dichiarazione in contrario, ha per effetto di far considerare il marito compratore delle cose mobili dotali per l'importo della stima stessa, egli diventerà debitore di quell' importo verso la moglie, ed è quell' importo che allo sciogliersi del matrimonio va restituito alla moglie od ai suoi eredi, non già le cose mobili in natura, dato pure che tuttora sussistano. Alias se non ci fu stima: allora dette cose restano proprietà della moglie e sono esse che vanno restituite quando il matrimonio si scioglie (Art. 1401). Divenuto il marito per virtù della stima proprietario dei mobili dotali, è troppo naturale che ne sopporti egli il rischio per applicazione delle regole della compravendita.

Ma finalmente può darsi che la stima intervenga senza avere questo ufficio di produrre addirittura vendita e tuttavia valga a spostare la sopportazione del rischio. È così nel comodato, per l'Art. 1811, che suona: « Se la cosa fu stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia patto in contrario ». Qui c' è dunque spostamento di pericolo, che dovrebbe, in mancanza di stima, gravare sul comodante, e tuttavia non si può certo parlare di trasferimento di proprietà nel comodatario, cioè di *aestimatio venditionis causa,* chè ciò snaturerebbe il contratto, essendo essenziale al comodato o *prestito d'uso* che la proprietà rimanga nel comodante. Ecco dunque la legge ravvisare nel solo fatto della *stima* che accompagna il contratto l' *indice della volontà delle parti* di spostare il pericolo dalla persona del creditore alla persona del debitore.

95. II). In un secondo gruppo si possono raccogliere quei casi nei quali si accompagna un elemento di colpa, o peggio ancora di dolo o mala fede per parte del debitore. Talvolta è il caso stesso che dipende da dolo o colpa precedente del debitore (*casus dolo seu culpa determinatus*) ed allora è naturale che al debitore incomba la responsabilità, chè anzi, come si è notato nel dare la definizione del caso (v. s., n. 85 pag. 211) qui a rigore non si potrebbe parlare più di fortuita ineseguibilità dell' obbligazione. Il principio è posto nettamente nell'Art. 1672, relativo alla soccida semplice, dicendovisi che il

conduttore « non è obbligato pei casi fortuiti se non quando sia imputabile di colpa precedente, senza la quale non sarebbe avvenuto il danno ». Altra volta il debitore risponde del caso non già perchè questo abbia avuta la sua causa nel dolo o nella colpa di lui, sia stato cioè provocato dall'opera sua (intendendo per opera del debitore anche una colposa sua inazione), ma perchè il caso colpisce la cosa mentre già il debitore si trovava in uno stato di dolo o di colpa. Tale, p. es., l'ipotesi della *mora*, che è, come vedremo a suo luogo, il colpevole ritardo nell'adempimento dell'obbligazione. Dice a questo riguardo il capov. dell'Art. 1219, trattando più precisamente delle obbligazioni di dare: « Se il debitore è in mora a farne la consegna, la cosa rimane a rischio e pericolo di lui, quantunque prima della mora si trovasse a rischio e pericolo del creditore, » massima che vale non solo per il *periculum interitus*, ma anche per il *periculum deteriorationis*, com'è fatto palese dall'Art. 1247, già per altro scopo citato, che dispone: « Il debitore di una cosa certa e determinata viene liberato rimettendola nello stato in cui si trova al tempo della consegna, purchè i deterioramenti sopraggiunti non provengano da fatto o colpa di lui o delle persone di cui deve rispondere *ed egli non fosse in mora prima dei seguiti deterioramenti* ». Senonchè giusta l'Art. 1298 anche in questi casi di mora, nel corso della quale il fortuito colpisce la cosa, si estingue l'obbligazione, che è come dire che non ne risponde il debitore, se la cosa sarebbe ugualmente perita [o deteriorata] presso il creditore ove gli fosse stata consegnata. Esempio. Sono in mora a consegnare a Tizio il vino vendutogli. Un incendio distrugge la mia cantina; ne risentirò io il danno perchè le cose vendute non sarebbero così perite se io avessi eseguita a tempo debito la mia obbligazione. Suppongasi invece che, pur essendo io in mora, la perdita del vino derivi da un'inondazione che, come ha colpito la mia, così ha colpita del pari la cantina nella quale Tizio avrebbe riposto quel vino se io glielo avessi consegnato; allora io non rispondo più. Di ciò è fatta applicazione anche all'Art. 1809 in tema di comodato: « Se il comodatario impiega la cosa in uso diverso o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe, è responsabile della

perdita avvenuta anche per caso fortuito, eccetto che provi che la cosa sarebbe ugualmente perita quando pure non l'avesse impiegata in un uso diverso, o l'avesse restituita al tempo determinato nel contratto ». Disposizione che integra in qual che modo quella precedentemente enunziata sulla mora in generale, per ciò che riguarda l'onere della prova, che addossa al debitore quand'egli voglia sostenere che il fortuito avrebbe ugualmente colpita la cosa anche s'egli fosse stato ligio agli obblighi suoi.

Finalmente, per tacer d'altri, un importante esempio di sopportazione dei rischi e pericoli dalla legge fissata in considerazione della mala fede in cui versa il debitore la si ha nella restituzione dell'indebito. Chi ha ricevuta cosa che non gli era dovuta da persona che per errore credevasi suo debitore è tenuto alla restituzione, e ciò senza distinguere s'egli era nel riceverla in buona o in mala fede: farebbe altrimenti un indebito lucro. Ma se fra buona e mala fede dell'*accipiens* non si distingue inquanto la cosa indebitamente pagata sussista tuttavia in natura ed integra, avviene altrimenti dato che la restituzione nello stato in cui la si ebbe sia resa impossibile da un fortuito. Allora chi la ricevette in buona fede non è tenuto alla restituzione che fino alla concorrenza di ciò ch'è stato rivolto in suo profitto. Esempio. Tizio mi diede una casa che credevamo entrambi mi fosse da lui dovuta. Si scoprì poi che versavamo in errore, mentr'egli non vi era punto obbligato. Ma nel frattempo, crollata fortuitamente la casa, io mi era valso dei materiali per un'altra costruzione; solo nei limiti di tal profitto, non del valore che la casa aveva, sarò tenuto a rispondere. Quando invece l'*accipiens* sia in mala fede, deve restituire il valore della casa anche se perita o deteriorata per solo caso fortuito. Ciò è disposto dall'Art. 1148, nel quale non è ripetuto quanto si è riscontrato per la mora in generale e pel comodato in ispecie, che cioè il debitore resti liberato, tuttochè in mala fede, quando provi che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il *solvens*, ma tuttavia il principio stesso è generalmente ritenuto anche qui applicabile, tanto più che in fondo anche questo caso di restituzione dell'indebito si potrebbe ricollegare alla mora, considerando come

moroso al debito della restituzione, che subito gli incomberebbe, chi ha ricevuto l'indebito sapendolo tale. O che forse ha da occorrere una interpellazione del *solvens* per costituirlo in mora, mentr'egli versava in così aperta mala fede sin dal momento in cui ha ricevuto l'indebito? Se invece la predetta limitazione benevola pel debitore, benchè versi in dolo o colpa, abbia a valere anche pel ladro, si vedrà trattando più di proposito della mora.

96. Chiudo ora quanto riguarda il fortuito, avvertendo che il debitore che lo allega per esonerarsi dall'obbligazione deve fornirne la prova. Lo dichiara in generale il cit. Art. 1225, lo rafferma, per il caso di perdita della cosa dovuta, il penultimo capoverso dell'Art. 1298, ma è del resto naturale e generale applicazione delle norme che regolano l'*onus probandi*, al qual proposito è fondamentale l'Art. 1312: « Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla e chi pretende esserne stato liberato *deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione* » (1).

E *quid iuris* nell'ipotesi di *casus dolo seu culpa determinatus?* Come si distribuisce allora l'onere della prova? Si suole a questo proposito rispondere limitandosi ad un sem-

(1) Ai nostri articoli 1225, 1298, 1312 corrispondono nel *Codice francese* gli Art. 1147, 1302, 1315. Sotto diversa forma stabiliscono il medesimo principio il *Codice austriaco*, il *sassone*, il *federale svizzero delle obbligazioni* ed ora il *germanico*. Riferiamone le disposizioni: *Codice austriaco*, § 1298 « Chi pretende di essere stato senza sua colpa impedito nell'adempimento di un obbligo nascente dal contratto o dalla legge, ha il carico della prova ». *Codice sassone*, § 731 « Ist die Erfüllung einer Forderung ganz oder theilweise unmöglich geworden, so wird eine Verschuldung des Verpflichteten so lange vermuthet, als nicht bewiesen wird dass die Unmöglichkeit von dem Berechtigten verschuldet worden ist, oder in einem Zufalle ihren Grund hat ». *Codice svizzero*, Art. 110 « Il debitore che non adempie l'obbligazione o non l'adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento dei danni, a meno che non provi che nessuna colpa gli è imputabile ». *Codice germanico*, § 282 « Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner ».

plice richiamo dell' Art. 1673 relativo alla soccida semplice. Vedemmo che il precedente articolo addossa il rischio al soccidario, se imputabile di colpa precedente senza la quale non sarebbe avvenuto il danno. L'Art. 1673 soggiunge: « Nascendo controversia, il conduttore deve provare il caso fortuito ed il locatore la colpa da lui imputata al conduttore ». Ma sulla precisa portata di tale principio rinviamo il discorso a quando tratteremo della colpa. Ricordo infine ciò che incidentalmente ho notato nel numero che precede pel caso in cui, accertato il fortuito, il debitore ne debba tuttavia rispondere perchè versava in mora, o perchè fece della cosa comodata uso diverso dal pattuito e simili, dove, se vuol tuttavia liberarsi, deve egli dimostrare che la cosa sarebbe perita ugualmente anche se avesse esattamente adempiuta la sua obbligazione.

SEZIONE II.

Del dolo

SOMMARIO

97. Concetto del dolo in materia civile rapporto all' inadempimento delle obbligazioni. — **98.** Distinzione dell' elemento civile dal penale che con esso eventualmente concorra. — **99.** L' onere della prova nei riguardi del dolo. — **100.** Invalidità del patto *ne dolus praestetur*.

97. Del dolo, in riguardo alle obbligazioni in genere ed ai contratti in ispecie, si parla nel Diritto civile in due sensi, sotto due aspetti diversi. Se ne parla cioè in relazione al sorgere dell' obbligazione ed è allora un vizio della volontà dell' autore dell' atto, un vizio dunque del consenso in materia contrattuale. Per esso, consistente in raggiri di cui l' autore dell' atto è stato vittima, talchè senza di essi non sarebbe addivenuto all' atto stesso, questo sarà annullabile (Art. 1115,

942). Ma di dolo in altro senso si parla nell' esecuzione delle obbligazioni, ed è questo che attualmente ci riguarda. Lo si ha allorchè scientemente e volontariamente si manca all'adempimento esatto dell'obbligazione. Qui essendoci l' imputabilità, e si può dire al massimo grado, ci sarà anche piena la responsabilità, la quale si estende anche ai danni non preveduti nè prevedibili inquanto siano conseguenza immediata e diretta dell' inadempimento, norma che illustreremo in seguito raccogliendo in una sola trattazione quanto riguarda la prestazione del risarcimento dei danni in generale dipendenti da inadempimento di obbligazioni. Badisi che abbiamo parlato di dolo inquanto si manchi volontariamente e scientemente all' adempimento esatto: dunque ci si comprende non solo il doloso diniego o l' inesecuzione dell' obbligazione propria, ma anche il fatto di eseguirla dolosamente in modo non rispondente all' obbligo proprio, p. es. se, dovendo un cavallo, se ne dà uno che si sa affetto da vizio occulto (1).

Il dolo non ammette gradazioni: non è il caso che si manchi semplicemente all' osservanza di una certa diligenza, la quale può essere richiesta in grado maggiore o minore: trattasi di inadempimento cosciente e volontario e questa volontà e coscienza o c'è o non c'è, di un più o di un meno non è possibile parlare.

98. Il doloso inadempimento di un' obbligazione può avvenire in circostanze tali da importare, oltrechè una violazione della legge civile, anche una violazione della legge penale, in altre parole un reato. Ma bisogna essere ben guardinghi nello scernere appunto i due elementi, il civile e il penale. Tale è particolarmente il caso dell' *appropriazione indebita*, della quale si trova fornito il concetto nell' Art. 417 del vigente Codice penale: « Chiunque si appropria, convertendola in profitto di sè o di un terzo, una cosa altrui che gli sia stata affidata o consegnata per qualsiasi titolo che importi l' obbligo di restituirla o di farne un uso determinato, è pu-

---

(1) Cfr. Chardon, *Trattato del dolo e della frode*, traduzione del Foramiti, Vol. I (Venezia, Plet 1835), n. 108, pag. 119 e segg.

nito, a querela di parte, con la reclusione sino a due anni e con la multa oltre le lire cento ». Si suppone dunque un rapporto di obbligazione per effetto del quale chi commette il reato teneva in sue mani cose di altrui spettanza, es. un rapporto di deposito, di comodato, e può anche non essere obbligazione derivante da contratto, es. il caso dell' esecutore testamentario, che, per volontà del testatore, sia in possesso delle cose mobili ereditarie (Art. 906) e le converga in proprio uso. Ebbene, in questi casi l' atto che si rimprovera, lo dirò col PLANIOL (1), è unico, ma esso produce una doppia serie di effetti. È del dominio del Diritto civile come contravvenzione ad una obbligazione, è del dominio del Diritto penale come offesa al diritto di proprietà: « Non è il debitore di mala fede che la legge penale punisce, sibbene il detentore della cosa d' altri » (2). Anzi la presenza del vincolo obbligatorio, il fatto che è in seguito ad esso che il reo si trovava già in possesso della cosa appropriatasi, fa sì che in via penale il caso sia trattato meno gravemente del furto, perchè in parte può dirsi *imputet sibi* il proprietario se ha mal collocata la sua fiducia, e perchè il trovarsi già in possesso della cosa potè costituire pel reo una forte tentazione. L' importanza di queste osservazioni dirette a provare che inquanto si tratti puramente e semplicemente di inadempimento doloso di obbligazioni la legge penale non interviene e si muove solo per colpire la concomitante violazione di altro diritto (qui il diritto di proprietà) chiaramente emerge dalla Relazione fatta alla nostra Camera dei Deputati su tale parte del Codice penale. Vi leggiamo il seguente brano: « Principalmente in ordine a questo delitto, il quale, come già si osservò, è maleficio congenere al furto (furto improprio), occorre richiamare il disposto pel quale si fa necessario il concorso del dolo. Il dolo speciale al reato di appropriazione indebita [e qui è adoperata la parola dolo nel senso penale, quale elemento subbiettivo del reato consistente nella pravità d' intenzione] è

---

(1) PLANIOL, *Dol civil et dol criminel* in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXII (1893) (pag. 545-573. 649-663), n. 61, pag. 661.

(2) PLANIOL, *loc. cit.*, n. 64, pag. 662.

(come nel furto e nella truffa) l'animo di lucro, che deve distinguere appunto il fatto delittuoso, il fatto penale, dal semplice fatto illegittimo, dalla violazione del contratto, dall'inadempimento dell'obbligazione: osservazione questa che forse non è inopportuna di fronte alle esagerazioni della giurisprudenza ed ai deviamenti della pratica giudiziale, che diedero spesse volte l'esempio di contestazioni d'indole civile, trasportate affatto impropriamente in sede penale ». Su questo argomento ho creduto bene di soffermarmi un istante perchè è uno di quelli che, riferendosi alla linea di confine ed ai punti di intersezione fra Diritto civile e Diritto penale, servono a dimostrare il nesso che esiste fra tutte le discipline della Giurisprudenza.

99. Quanto alla prova, incomberà di regola al creditore, non potendosi il dolo presumere *iuris*. Però non è certo escluso che la si tragga dalle circostanze, che cioè il giudice possa in base a circostanze gravi, precise e concordanti arguire il dolo, essendo anche le presunzioni dette *hominis vel iudicis* poste fra le prove e contemplate precisamente come tali dall'Art. 1354. Trovo soltanto in materia di locazione di cose presunto *iuris* il dolo (sicchè non è già il creditore che deve provarlo, ma è il debitore che deve liberarsi dalla presunzione a suo carico) inquanto trattisi di vizî o difetti occulti della cosa locata. Il conduttore ha diritto a garantia per tali vizî, li conoscesse o no il locatore al tempo della locazione. Così vuole l'Art. 1577, 1° comma, e questa garantia si dovrà intendere nel senso che secondo le circostanze, cioè secondo la maggiore o minore gravità dei vizî, abbia il conduttore diritto o a cessazione del contratto o a semplice riduzione della mercede. Ma viene poi la questione dei danni che da siffatti vizî possono essere derivati al conduttore. Per causa del vizio occulto della casa si è guastata, pongasi, la mobiglia introdottavi dall'inquilino, per causa della malattia contagiosa del cavallo datomi a nolo sono ammalati e morti gli animali miei assieme ai quali quel cavallo fu posto. Ebbene, qui viene in campo il capoverso del citato articolo, statuendo: « Se da questi vizî o difetti proviene qualche danno al conduttore, il locatore è tenuto a farnelo indenne, *salvo che provi di averli*

ignorati ». Sono queste ultime parole che qui ci interessano come quelle che suppongono il dolo e addossano al debitore (locatore) la prova contraria. Lascio invece da parte la censura di cui questa disposizione è passibile inquanto ammette la responsabilità per danni solo in caso di dolo, e non anche in caso di colpa (1).

100. Chiudo finalmente quanto riguarda la presente materia notando l' invalidità del patto *ne dolus praestetur*, del patto cioè per cui *preventivamente* si convenisse di esonerare il debitore dalle conseguenze del dolo. Dice in proposito Ulpiano nella l. 1 § 7 D. depositi vel contra 16, 3: « Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est ». Quivi è anche indicata la ragione del divieto: l' assicurare l' impunità, vale a dire la irresponsabilità per le volontarie mancanze alle contratte obbligazioni, è cosa immorale. Il Giorgi dà un'altra causa degna di essere presa in considerazione, come quella, nota egli giustamente, che porterebbe a concludere non alla semplice inefficacia del patto *ne dolus praestetur*, ma alla nullità o cessazione dell' obbligazione cui accede. Egli dice che tal patto distrugge il vincolo giuridico; infatti se aggiunto nell' atto medesimo che doveva dar vita all' obbligazione, sta in contraddizione colla volontà di concludere l' obbligazione stessa; se concluso ad obbligazione già nata, avrà tutto il carattere di un patto liberatorio, perchè metterà in balìa del debitore di non adempiere impunemente l' obbligazione (2). Io credo doversi distinguere. Accetto l'opinione del Giorgi ove si tratti di un patto assoluto *ne dolus praestetur*, cioè che il debitore non risponda dei danni se lasci affatto ineseguita l' obbligazione, la quale sarebbe invero rimessa per tal guisa interamente al suo arbitrio: non così invece se il patto fosse che egli non risponda di una esecuzione dolosa (v. s., n. 97, pag.

---

(1) V. su ciò i miei *Appunti sulle locazioni*, Art. II in *Rivista it. per le sc. giuridiche*, Vol. VI (pag. 410-430), n. 28 *bis* e 28 *ter*, pag. 423-430.

(2) Giorgi, *Op. cit.*, II, n. 39, pag. 54-55 (4ª ediz.).

236): in quest' ultimo caso infatti riterrei cadesse il patto soltanto, restando ferma l'obbligazione alla quale accede. Altro concetto discretivo dà il CROME, che cioè tenga o no l'obbligazione ad onta della predetta clausola, secondochè le parti avrebbero o no concluso ugualmente anche senza di essa il negozio (1).

SEZIONE III.

Della colpa

SOMMARIO

101. Partizione della Sezione in quattro paragrafi.

101. Fornita in un primo paragrafo la nozione della colpa e posta altresì la distinzione fondamentale della colpa contrattuale dalla colpa aquiliana, verremo in due paragrafi successivi sviluppando quelle caratteristiche della colpa contrattuale nelle quali è comune opinione consistano i caratteri per cui si differenzia dall'altra: precisamente nel § 2 si dirà dell' entità e graduabilità della colpa contrattuale e nel § 3 dei subbietti, dell' effetto e della prova in ordine alla colpa medesima. Finalmente accenneremo in un quarto paragrafo a taluni casi in cui si disputa se la colpa abbia o no carattere contrattuale.

---

(1) CROME, *Op. cit.*, § 11, pag. 105-106, comb. coll' altra opera dello stesso CROME, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privat-rechtswissenschaft* (Mannheim, Bensheimer 1892), § 22 i. f., pag. 249-250.

§ 1.

Concetto di colpa. La colpa contrattuale contrapposta alla aquiliana

SOMMARIO

102. (1) In senso lato si parla di colpa ogniqualvolta taluno è imputabile della lesione del diritto altrui, ed allora il vocabolo comprende in sè anche il dolo. Ma in senso stretto si ha colpa quando, senza intenzione di ledere il diritto altrui, non si usa la debita diligenza per evitare quella lesione (2). Un errore, sia pure inescusabile, da parte dell'agente è quanto basta per escludere che si possa più parlare di dolo, il quale sappiamo richiedere coscienza e volontà di mancare ai proprî obblighi. Invece ad onta dell'errore può continuar a sussistere

---

(1) Nemmeno in questa materia, come non nelle altre, mi propongo fornire una più o meno completa bibliografia. Ma non posso non avvertire i miei giovani studenti ch'essi troveranno fortunatamente nella patria letteratura giuridica tanto che basti ai futuri bisogni professionali ed altresì (in vista, fra altro, dell'esteso materiale bibliografico adoperato dall'autore) alle esigenze scientifiche, a merito del prof. G. P. Chironi nell'opera sulla *Colpa* già altre volte ricordata. Aggiungo fra i nostri, come degno di molta considerazione (per tacere delle opere generali quale quella del Giorgi), il Mosca, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel Diritto civile, penale ed amministrativo* (Roma, Bocca 1896).

(2) Serafini, cit. *Istituzioni di Dir. rom.*, I, § 31, pag. 214-215 (6ª ed.).

il concetto di colpa, la quale anzi consista nel non aver impiegata quella tal diligenza, che avrebbe preservato dal cadere nell' errore.

Fondamentale in siffatta materia è la distinzione della colpa in colpa contrattuale e colpa extracontrattuale od aquiliana (detta così dalla famosa *lex Aquilia*). La prima presuppone esistente un' obbligazione e incorsa la colpa in riguardo ad essa. E badisi che dico preesistente un' *obbligazione* e non un *contratto*, perchè questo concetto e questo nome ormai tradizionali di colpa contrattuale si applicano anche se l' obbligazione esistente proviene da altra fonte, per esempio da un quasi contratto. L' altra si ha quando si reca danno ad una persona verso la quale non si è legati da alcuna *speciale obbligazione*, oltre quel dovere generico che si ha verso tutti del *neminem ledere*. Nella prima dunque siamo sul terreno dell' adempimento di un' obbligazione che già esiste ed è quella pertanto che ora qui ci interessa: la colpa genererà bensì un' obbligazione, quella del risarcimento dei danni, ma quale prestazione accessoria o succedanea all'altra che già si doveva. Nella seconda invece la colpa è dessa la fonte prima di un nesso obbligatorio fra le due persone del danneggiante e del danneggiato, prima estranee fra loro. A quella si riferiscono gli Art. 1224, 1227, 1228, che verrranno presto illustrati, a questa invece gli Art. 1151 e segg., posti ove trattasi dei delitti e dei quasi delitti.

Benchè il concetto di colpa sia unico, cioè mancanza della dovuta diligenza, pure questi due diversi campi in cui esso agisce vanno tenuti bene distinti, ed è sbagliato il ricorso, che pure in pratica vedesi fatto più volte, alle norme dettate dal legislatore per l' una specie di colpa nel giudicare questioni che all' altra specie si riferisono. Vi sono infatti molteplici differenze fra la colpa contrattuale e la extracontrattuale od aquiliana, non tutte in verità ammesse ugualmente da tutti. Secondo l' *opinione più comune* vi hanno differenze circa l' entità della colpa e circa l' estensione degli effetti (danni da risarcirsi) secondochè si tratti di rapporti obbligatorî già esistenti fra le parti o di rapporti extra-obbligatorî: vi ha *indubbiamente* diversità quanto ai subbietti che possono

presentarsi responsabili dell' una o dell' altra specie di colpa e così pure nei riguardi della prova. Finalmente da taluno (1) non senza fondamento si avverte la maggior estensione che la responsabilità per fatti di terze persone presenta nella colpa contrattuale in confronto della colpa aquiliana. Non entriamo per ora in minute disquisizioni sui criterî differenziali più disputati, riservandoci a meglio vagliarli quando si discorrerà della colpa aquiliana, chè altrimenti ci toccherebbe antecipare l' esposizione di troppe nozioni strettamente attinenti ai delitti ed ai quasi delitti. Mi accontento di aver qui accennate le differenze più notevoli, segnando quelle più comunemente ammesse. Dai paragrafi che seguono, pur consacrati esclusivamente alla colpa contrattuale, emergerà certamente quanto basta a far comprendere l' interesse e l' importanza della disputa che in molti casi pratici si agita per decidere se si è di fronte all' una o all' altra specie di colpa.

L' amore del nuovo, alimentato oggidì in taluni giuristi da uno spirito ipercritico, in altri da una tendenza che vorrei chiamare *semplicista,* ha indotto qualcuno a disconoscere la tradizionale e fondamentale distinzione delle due specie di colpa. Così p. es. il Sig. A. F. Lefebure sostiene che colpa contrattuale non esiste e che « *toute faute est delictuelle* » (2). Egli tiene presenti i contratti aventi per oggetto una cosa certa e la relativa responsabilità del debitore in caso di perdita della cosa secondo l'Art. 1302 del *Codice francese* (1298 del nostro). Quando un contratto, egli dice, ha per oggetto una cosa certa, è principio di diritto incontestabile (!) che la cosa perisce per il suo proprietario (3), cioè pel creditore, ed il contratto allora cessa di esistere non potendo esso sopravvivere al suo oggetto. Ciò posto non è più concepibile che il proprietario che soffre danno venga contro chi deteneva la cosa con azione contrattuale; se gli chiede risarcimento non potrà essere che in base ad un' ordinaria azione di responsabilità, indipendente dal contratto, e quindi a patto che provi che il detentore della cosa ha commessa una colpa e che questa è stata la causa del danno (4). Ora tutto questo discorso non regge. Il nostro Art. 1298

---

(1) Mosca, *Op. cit.*, Capit. I, pag. 2 e Capit. V, § 1, pag. 97 e segg.

(2) A. F. Lefebure, *De la responsabilité delictuelle, contractuelle etc.* in *Revue critique de législation et de jurisprudence,* XXXV Année (Nouv. Série, T. XV, 1886, pag. 485-593), pag. 494.

(3) *Loc. cit.*, pag. 487-488.

(4) *Ibid.*, pag. 489.

1302 del *Codice francese*, non è che l'applicazione pura e semplice degli Art. 1225, 1226 (1147, 1148 Cod. fr.). Il debitore è già in *torto* (se mi è lecito usare questa parola nel senso del *tort* inglese) pel semplice fatto di non adempiere la contratta obbligazione di consegnare o restituire la cosa determinata che fu dedotta in obbligazione: il creditore può persino fingere legalmente d'ignorare che la cosa è perita: egli domanda *in base all'obbligazione* il risarcimento quale succedaneo della prestazione inadempiuta, non curandosi di indagare il perchè di tale inadempimento, e toccherà al debitore il liberarsi allegando come causa dell'inadempimento il fatto che la cosa è fortuitamente perita. Ed è quanto mai infondata l'asserzione del Laurent che di azione contrattuale sia assolutamente escluso che più si possa discorrere una volta perito l'oggetto del contratto. Ciò contravviene al concetto stesso tradizionale di obbligazione scolpito nella nota l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7 di Paolo e della *perpetuatio obligationis* (di cui è parola, per tacer d'altro, nella l. 91 § 3 e 4 D. de verb. oblig. 45, 1 pure di Paolo). Fra noi il Giorgi afferma che le *uniche norme differenziali* fra le due specie consistono nella *prevedibilità dei danni* e nella *gradualità della colpa*, ma dice che tuttavia si può, anzi si deve, per evitare confusione ed oscurità, « trattare promiscuamente della colpa rispetto al contratto e fuor del contratto », essendochè quelle due norme differenziali « sono aperte agli occhi di tutti ». Crede quindi che « praticamente riesce priva d'importanza la distinzione sistematica tra colpa contrattuale e non contrattuale, attesa l'impossibilità di cadere in equivoci applicando all'una o all'altra regole non compatibili con l'indole del fatto giuridico; mentre da altra parte gli obblighi contrattuali non disgiungendosi mai dall'obbligo comune ad ogni uomo di non offendere altri, le violazioni dell'uno e dell'altro obbligo si compenetrano siffattamente, che riesce dannoso all'unità e chiarezza degli argomenti lo scindere materie connesse per obbedire a una sofisticheria di metodo » (1). Senonchè, se anche fosse vero (e non è) che altre norme differenziali fra colpa contrattuale ed extracontrattuale non esistessero oltre quelle due accennate dal Giorgi, sta ch'esse toccano punti talmente essenziali e di così poco facile applicazione (la giurisprudenza è là a dimostrarlo), da giustificare pienamente quella distinzione sistematica che il chiaro Autore qualifica come una pura sofisticheria di metodo. E poi la confusione e l'oscurità che si vuol evitare la si ingenera invece affermando la connessione delle due materie per ciò che già la violazione di uno specifico obbligo contrattuale include pure la inosservanza del dovere generico del *neminem laedere*. Dove se ne va allora quel *quid* che caratterizza il concetto di obbligazione, sì da distinguerlo per esempio, come altrove si è visto (v. s. n. 5, pag. 11-12) dal concetto del diritto reale? Il vero si è che la distinzione delle due specie di colpa è così poco una creazione sistematica, e risponde siffattamente al-

---

(1) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. V, n. 140, pag. 201 (4ª ediz.).

l'intrinseca differenza fra il dovere generico di non offendere chicchessia e quello specifico di soddisfare obbligazioni contratte verso una determinata persona, da apparire una necessità irresistibile. Onde ha ben ragione il Sainctelette di affermare che obbligazioni distinte e diverse nella loro esecuzione (io aggiungerei e nella loro intrinseca natura ed origine) devono restare distinte nella loro inesecuzione (1), sì da originare due categorie distinte di colpa.

Sopra un altro punto da me indicato dianzi nel delimitare la colpa contrattuale dall'aquiliana parmi opportuno di insistere. Ho detto che si parla di colpa contrattuale quando preesista un'obbligazione, *qualunque sia la fonte dell'obbligazione stessa*, e non solo quando essa origini da contratto. Non pare così al Giorgi. Riferisco le sue parole: « Ma che dire delle colpe commesse nei quasi contratti e nelle obbligazioni *ex lege?* Vi si applicheranno le regole della colpa contrattuale o quelle della colpa *ex delicto?* Delle obbligazioni *ex lege* nessuno parla; rispetto a quelle *quasi ex contractu* si ritiene da taluno che soggiacciono alle norme della colpa contrattuale (Chironi, op. cit. 110 e segg.). Noi pensiamo diversamente... Se ogni colpa è la violazione di un dovere, segue per ciò stesso ch'essa sia sempre un fatto illecito: o come altrimenti dicesi un delitto o quasi delitto. Ora quale è mai la ragione per cui il Codice ha tenuta distinta la violazione delle obbligazioni contrattuali dalla violazione degli altri doveri? In parte storica, perchè fu questo il metodo dei giureconsulti romani, i quali considerarono sequela della obbligazione contrattuale violata l'obbligo al risarcimento del danno: in parte la necessità di dettare regole restrittive per la colpa contrattuale intese a moderarne l'intensità col graduarla, e col ristringerla ai danni preveduti nel giorno del contratto. Ma da questa eccezione in fuori, ritornano ad imperare le regole generalissime degli Art. 1151 e segg. (2) ». Talune affermazioni contenute in questo brano del Giorgi le abbiamo poc'anzi confutate nel combattere il suo assunto che in fondo il tenere distinta la trattazione delle due specie di colpa non sia che una sofisticheria di metodo. Ma inoltre molto giustamente gli oppone il Mosca: se vero fosse che di colpa cosidetta contrattuale si potesse parlare solo in riguardo ai contratti, quale significato avrebbe lo spostamento fatto dal Codice italiano degli articoli 1228 e 1229? Perchè il legislatore non li ha lasciati sotto il titolo *Degli effetti dei contratti*, come nel Codice francese, ma li ha trasportati sotto quello più largo *Degli effetti delle obbligazioni?* (3). Senonchè lo stesso Mosca e il Chironi pare non abbiano il coraggio di arrivare sino in fondo, come la coerenza logica esige e come io dichiaro aperta-

---

(1) Sainctelette, *La jurisprudence qui s'éloigne et la jurisprudence qui s'approche*, pag. 5, citato dal Willems, *Essai sur la responsabilité civile* (Paris, Fontemoing, 1896), pag. 4.

(2) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. V, n. 140 bis, pag. 201-202.

(3) Mosca, *Op. cit.*, pag. 26 in nota.

mente si debba fare. Infatti il CHIRONI, che nella prima edizione della lodata sua opera parlava di colpa contrattuale soltanto in relazione ai contratti e ai quasi contratti (1), nella seconda edizione giunge sino ad estenderla alle obbligazioni derivanti da legge (2) ma non più; il MOSCA appare un po' incerto: comincia col limitare il concetto di colpa contrattuale alle obbligazioni derivanti da contratto e quasi contratto (3), nell'ultimo Capitolo della monografia nel formulare le sue proposte sulla colpa contrattuale, vi include pure le obbligazioni derivanti dalla legge (4), e solo nel mezzo dell'opera in un punto dove polemizza col GIORGI, accenna a farvi rientrare anche le obbligazioni generate da delitto o da quasi delitto (5). Orbene, è proprio quest'ultimo il concetto giusto e che va senza ambagi dichiarato, il che abbiamo fatto sin dapprincipio dicendo che si ha la colpa cosidetta contrattuale sempreché fra le parti preesista una determinata obbligazione *de [illegible]*. A ciò necessariamente conducono le osservazioni testè svolte dirette ad escludere che solo a proposito di contratti possa farsi parola di colpa contrattuale. Si tengano dunque nel caso di delitto o di quasi delitto ben bene distinte le seguenti due posizioni: chi ha commesso il delitto o quasi delitto è con ciò incorso nella colpa aquiliana secondo le norme degli Art. 1151 e segg. e questa colpa aquiliana *genera* a suo carico l'obbligazione del risarcimento. Ma sorta oramai questa obbligazione fra danneggiante e danneggiato, il primo è un debitore come un altro e dovrà *nell'adempiere siffatta obbligazione* usare la diligenza prescritta per le obbligazioni in generale, quella stessa dunque che incombe ad un debitore *ex contractu, quasi ex contractu, ex lege*; onde si dirà e si tratterà pur sempre come colpa contrattuale il difetto di tale diligenza da parte sua.

---

(1) CHIRONI, *Op. cit.*, n. 4, pag. 4 della 1ª edizione.
(2) CHIRONI, *Op. cit.*, n. 4, pag. 11-12 della 2ª edizione.
(3) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 1.
(4) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 201.
(5) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 25.

§ 2.

Entità e graduazione della colpa contrattuale

SOMMARIO

104. Vecchie teoriche sui gradi della colpa contrattuale e sulla prestazione di essa. Legislazioni vigenti in Europa che le hanno accolte. — **105.** Legislazioni moderne che hanno abbandonate le viete distinzioni: loro suddivisione in due gruppi. A quale gruppo appartenga il nostro Codice: si enunciano i tre canoni contenuti nell' Art. 1227. — **106.** A) La regola: diligenza di un buon padre di famiglia. — **107.** B) L' eccezione: caso in cui al tipo della diligenza in astratto si sostituisce quello della diligenza in concreto. Si espone l' opinione che vi ravvisa, anzichè un tipo a sè, una attenuazione del tipo ordinario. — **107** *bis.* Confutazione dell' opinione predetta. — **108.** C) Casi in cui la regola va applicata con maggiore o minor rigore: Osservazioni preliminari e fondamentali sul modo di intendere questo terzo canone. — **109.** Casi in cui la regola si applica con maggiore mitezza. — **110.** Casi in cui la si applica con maggior rigore. Si combattono le opinioni di taluni autori, che impropriamente ravvisano in certe ipotesi simile aggravamento. In particolare si elimina il concetto di *custodia* come tipo a sè di più grave diligenza. — **110** *bis.* Dove propriamente ricorra legale aggravamento nell'applicazione della regola — **111.** Attenuazione o aggravamento di responsabilità derivante dalla volontà delle parti: in particolare del patto *ne culpa praestetur*, se ed entro quali limiti abbia efficacia.

104. La diligenza si può prestare in misura diversa, e conseguentemente si concepisce che diversa possa essere l' entità della colpa. Astrattamente considerata la cosa, si può benissimo avere una scala a tre gradi, diligenza minima, normale o media, e massima, ai quali far corrispondere tre gradi

di colpa (1). Ma altro è poi il vedere se ed entro quali limiti tenga questa tripartizione in Diritto positivo. I vecchi Dottori che voleano tutto classificare, tutto racchiudere entro caselle ben definite, non esitarono ad applicare questa loro tendenza sistematica anche alla valutazione della diligenza incombente al debitore nell'adempimento delle sue obbligazioni, ch'è quanto dire delle specie o gradi di colpa ond'egli è tenuto a rispondere. Elementi così astratti, suscettibili tutt'al più di generiche determinazioni si vollero sottoporre a rigide misure, mentr'è evidente che non si può, per dirla col Proudhon, procedere in materia di colpa con la squadra ed il compasso come quando trattasi di stimare le dimensioni di un corpo fisico (2). Sorse così e diventò *communis opinio* la tripartizione della colpa in lata, lieve e lievissima, nè solo come criterio astratto, ma come canone inconcusso di Diritto romano e quindi di Diritto comune. La *culpa lata*, consistente nel passare ogni ragionevole limite nella negligenza, nel non comprendere quello che tutti devono comprendere: « lata culpa est nimia negligentia, idest non intelligere quod omnes intelligunt » (3): la *culpa levis*, mancanza della diligenza propria di un *diligens paterfamilias*; la *levissima* (desunta specialmente da una nota legge di Ulpiano relativa alla colpa aquiliana (4)), cioè mancanza della diligenza propria di un *diligentissimus paterfamilias*. Continuando poi con una di quelle costruzioni simmetriche di cui tanto si compiacevano, sedotti fors'anco dall'idea di perfezione che annettevasi all'*omne trinum*, posero quei vecchi Dottori la regola che, se nel rapporto obbligatorio hanno interesse e ne traggono vantaggio ambe le parti (es. la compravendita), siano tenute entrambe a rispondere della colpa lieve, se il solo debitore ne profitta, egli risponda della lievissima e il creditore solo della colpa lata, e viceversa il

(1) Cfr. [illegible], *Op. cit.*, n. 11, pag. [illegible].

(2) Proudhon, *Traité de droit d'usufruit etc.* 2e édit., Dijon, Lagier 1836, T. III, n. [illegible], pag. [illegible].

(3) l. 213, § 2 D. de verbor. signif. 50, 16 di Ulpiano.

(4) l. 44 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2: « In lege aquilia et levissima culpa venit ».

creditore della lievissima e il debitore della colpa lata se il rapporto obbligatorio sia nell'esclusivo vantaggio del creditore. Inquadrarono così nella precostituita triplice graduazione la cosidetta *prestazione della colpa* (frase analoga a quella di prestazione del rischio trattandosi di inadempimento per caso fortuito). Ma già in Diritto romano risulta non vera e artificiosa siffatta tripartizione. Per non ricordare che alcuni casi estremi, troviamo che il precarista, il quale per quella regola dovrebbe rispondere non solo della *levis*, ma persino della *levissima*, come quello a cui esclusivamente profitta il contratto (era infatti il precario quel contratto onde si concedeva a taluno l'uso gratuito di una cosa con facoltà di revocarlo a piacimento), non era tenuto invece oltre la *culpa lata* (1): invece il *negotiorum gestor* e il mandatario, che, agendo nell'altrui esclusivo interesse, avrebbero dovuto, se vera fosse quella regola, rispondere solo della *culpa lata*, erano tenuti anche per la *levis* (2). Combattuta già dal DONELLO nel secolo XVI (3), dal LEBRUN e dal TOMASIO nel XVIII (4), fu la predetta artificiosa costruzione demolita definitivamente al principio del secolo nostro dal HASSE, che vi sostituì, tornando al DONELLO, la bipartizione in *culpa lata* e *culpa levis* (5).

Riproducendo qui, come in seguito, cose già esposte nella mia memoria *La colpa in concreto nel Diritto civile italiano* (6), ricorderò,

---

(1) l. 23 D. de reg. iur. 50, 17 di ULPIANO confr. colla l. 8, §§ 3, 5 D. de precario 43, 26, dello stesso giureconsulto.

(2) l. 11 D. negot. gest. 3, 5 di POMPONIO, l. 20 Cod. de neg. gest. 2, 19 di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, l. 21 Cod. de usuris 4, 32 degli stessi, § 1 Inst. de obl. q. ex contr. 3, 27, l. 23 D. de reg. iur. 50, 17 di ULPIANO, l. 11, 13 di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, l. 21 di COSTANTINO, Cod. mandati 4. 35, l. 8 § 10, l. 10 § 1 di ULPIANO, l. 22 § 11 di PAOLO D. mand. vel contra 17, 1.

(3) DONELLO, *Commentar. de iure civili*, Lib. XVI, cap. 7, n. 3 e segg. (T. IV, col. 653 e segg. dell'edizione di Firenze, Florentiae, ad signum Clius. 1842).

(4) Cfr. FROMAGEOT, *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé* (Paris, Rousseau 1891), pag. 185 e segg.

(5) HASSE, *Die culpa des römischen Rechts* Ne comparve la prima edizione nel 1815, la seconda, curata dal BETHMANN HOLLWEG, nel 1838.

(6) Estratta dagli *Atti e memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova*. Vol. X Disp. IV (Padova, Randi 1894).

a comprovare sempre più quanto si dilettassero i nostri vecchi in queste operazioni che vorrei dire di dosimetria giuridica, come alcuni non si tenessero paghi nemmeno delle tre specie o gradi di colpa, ma ne facessero quattro, o con l'ammettere una *culpa latior*, o con l'inserire una categoria di *culpa levior* fra la *levis* e la *levissima* « quia inter superlativum et positivum, dice a quest'ultimo proposito il SALICETO, est medium necessarium, videlicet ipsum comparativum » (1). Altri invece, come il grande BARTOLO, istituivano cinque specie di colpa, *latissima*, *latior*, *lata*, *levis* e *levissima* (2), altri sei (3). E via così sempre in base a disquisizioni scolastiche e a filosofemi invocati più o meno a proposito. Chi si aspetterebbe, per esempio di vedere qui tirata in campo la *Summa* di SAN TOMASO? Eppure è proprio nei *Singularia responsa* di ULRICO ZASIO, uno dei pochi del resto che, nell'opporsi alla *communis opinio* seppero infilare la giusta via, è proprio in ZASIO che trovasi oppugnata la quintuplice distinzione di BARTOLO, sostenendo ch'egli al pari dell'AQUINATE, cadde nell'errore di credere *quod per magis et minus diversificantur species* (4); onde rispetto alla colpa si potrà parlare bensì, egli conclude, di varietà di gradi, ma non di specie.

Incombeva ai moderni codificatori di sbarazzare il terreno da queste ed altre simili cabale, e ciò per la massima parte fu fatto.

Che se fra i più importanti codici civili vigenti oggidì in Europa due ne troviamo ancora perfettamente ligi in questa materia alle vecchie dottrine, il *bavarese* cioè ed il *prussiano* (5), ciò non dovrà meravigliare chi consideri la data cui risalgono e l'indirizzo al quale si ispirano. Il Codice bavarese del 1756 ci si presenta, anche nella forma, come un trattato di Diritto comune, nè più nè meno; il prussiano poi, del 1794, con le sue molteplici partizioni e coi suoi ventimila e più articoli, è proprio nell'ordine legislativo il tipo di quell'indirizzo casistico ed ipersistema-

---

(1) BARTHOL. A SALICETO, *Opera omnia*, Tomo I (Francofurti, Zetzner 1615), *ad l. 8 super quarto Codicis de pignorat. act.*, n. 6, col. 760. Ed ecco in qual modo la definisce « Levior culpa est omittere imprudenter et sine proposito quod quilibet diligentior fecisset, vel facere quod quilibet diligentior omisisset » (*ib.*, n. 14, col. 763).

(2) BARTOLI *In secundam Dig. vet. part. commentaria*, ad l. 32 *Quod Nerva, depos. vel contra*, n. 8 e segg. nel Tomo II delle sue *Opere* (Venetiis, ap. Juntas 1615) fol. 99 *verso* e 100.

(3) Cfr. gli autori cit. dal SALICETO, *Op. e loc. cit.*, n. 4, col. 759.

(4) UDALR. ZASII, *Singularium responsorum* Lib. I, Cap. 2, n. 9 e segg. nel Tomo V delle sue *Opere* (Francofurti, imp. Feyrabendii 1590), pag. 12.

(5) *Cod. maximilian. bavaricus*, Parte IV, Cap. 1, § 20; *Allgem. preuss. Landrecht*, I, 3, §§ 16 e segg. e I, 5, §§ 277 e segg.

tico ad un tempo di cui vedemmo essere appunto un prodotto questa tripartita graduazione e prestazione delle colpe. Sorprenderà invece un po' più il trovarla riprodotta in due codici americani assai più recenti, cioè quello del *Chilì* del 1855 (1) e quello della repubblica di *Guatemala* del 1877 (2).

105. I Codici (e sono, lo dicemmo, i più), che hanno abbandonate quelle viete distinzioni, parmi si possano ripartire in due gruppi, secondochè si accontentano di una norma generale assai lata, rimettendosi per la sua applicazione al savio criterio del giudice, o fissano invece più tipi di diligenza ed entrano in più o meno estesi ragguagli. Va collocato, per esempio, nel primo gruppo il *Codice portoghese* del 1867, il quale nell'Art. 717, posto sotto il Capo che tratta degli effetti dei contratti, dispone al § 3: « La qualificazione della colpa o negligenza dipende dal prudente arbitrio del giudice, conforme alle circostanze del fatto, del contratto e delle persone » (3); norma riprodotta tal quale nell'Art. 1563 del *Codice messicano* del 1871 (4). Così pure ha carattere molto generico la regola fissata dal *Codice spagnuolo* del 1889, che cioè la colpa o negligenza del debitore consiste nell' omettere quelle cure che la natura dell' obbligazione comporta, che essa varia secondo le persone, il tempo e il luogo e che, in mancanza d' altra specificazione, s' intende che al debitore incombono le cure di un buon padre di famiglia (Art. 1004), disposizione che acquista

---

(1) Articoli 44, 1547.

(2) Articoli 1436-1440 inclus.

(3) « A qualifiçao da culpa ou da negligencia depende do prudente « arbitrio do julgador, conforme as circumstancias do facto, do contracto « e das pessoas ». E conseguentemente questo Codice, pur scendendo ad occuparsi in particolare del deposito, lo fa con una disposizione d' indole generalissima, così concepita: « O depositario è obrigado: 1° A prestar na « guarda a conservaçao da cousa depositada, o cuidado e diligencia de que « è capaz, para o bom desempenho do deposito » (Art. 1435).

(4) « La calificacion de la culpa o negligencia queda al prudente ar« bitrio del juez, segun las circumstancias del hecho, del contrato y de « las personas ». Ma pel deposito questo Codice adotta un tipo a sè, cioè la diligenza *in concreto* « .... el cuidado y diligencia que a costumbra em« plear en la guarda de sus propias cosas » (Art. 2674, $\frac{2}{\text{I}}$).

poi la massima elasticità combinata che sia con l'Articolo che immediatamente la precede, giusta il quale possono i tribunali moderare secondo le circostanze la responsabilità che procede da negligenza (1). Assai generiche sono pure le disposizioni del *Codice austriaco* e del *Codice federale svizzero delle obbligazioni*. L'austriaco dichiara in colpa, nei rapporti sia contrattuali sia extracontrattuali, chi, avendo l'uso della ragione, non impieghi nelle azioni da cui derivi un pregiudizio ai diritti altrui la diligenza propria di chi è dotato di una capacità comune (§ 1297); lo svizzero statuisce: « Di regola il debitore è responsabile di ogni colpa. Questa responsabilità è più o meno estesa secondo la natura particolare del negozio. Sarà soprattutto giudicata più benignamente se il negozio non aveva per iscopo di recare alcun vantaggio al debitore ». A questa semplicità e larghezza massima di criteri s'informa altresì la giurisprudenza anglo-americana (2).

Invece, e passo con ciò al secondo gruppo, tipi svariati di diligenza troviamo prestabiliti pei diversi casi dal *Codice sassone*, il quale infatti ammette: 1° la *colpa lata*, e ad essa limita la responsabilità del debitore che secondo la natura del negozio non ritragga alcun vantaggio, salvo che abbia sollecitata egli stesso la conclusione del rapporto obbligatorio; 2° la *colpa lieve*, come tipo normale per i rimanenti casi, soggiungendo tuttavia che talvolta la legge accenna ad una limitazione della stessa colpa lieve col prescrivere all'obbligato di adoprare quella diligenza stessa ch'egli impiega nelle cose sue proprie (3). È quest'ultima la cosidetta *diligentia quam*

---

(1) Cfr. Lehr, *Elèments de Droit civil espagnol*, II (Paris, Larose-Forcel 1890), n. 441, pag. 240.

(2) Cfr. Fromageot, *Op. cit.*, pag. 199-201.

(3) § 728 « Die Betheiligten bei einer Forderung haften in ihren gegenseitigen Beziehungen zu einander für absichtliche Verschuldung und « für grobe und geringe Fahrlässigkeit. Hat jedoch einer von ihnen nach « der Natur des Verhältnisses keinen Vortheil von demselben, so haftet er « bloss für absichtliche Verschuldung und für grobe Fahrlässigkeit. » § 729 « Derjenige, welcher keinen Vortheil hat, haftet für geringe Fahrlässigkeit.

in suis rebus o *in concreto*, alla cui mancanza corrisponde quella che la scuola chiama pure *colpa in concreto*, la quale dunque nel Diritto sassone rappresenta sì veramente, per espressa dichiarazione di quel Codice, una mitigazione della colpa lieve (1).

Orbene, a questo secondo gruppo di legislazioni aventi più tipi prestabiliti di colpa io ritengo doversi ascrivere anche il *Codice nostro*, il quale, uniformandosi sostanzialmente, come vedremo, al francese, dispone all' Art. 1224: « La diligenza che si deve impiegare nell' adempimento dell' obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d' ambedue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito, accennato nell'Art. 1843. — Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore secondo le norme contenute per certi casi in questo Codice ». E l'Art. 1843, quivi richiamato, dispone: « Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie ». — Chi tenga presenti queste disposizioni e non voglia far violenza al testo della legge deve pur convenire ch' essa ha voluto adottare due tipi separati e distinti, il *tipo astratto* del buon

« wenn er sich zu einem Geschäfte aufgedrängt oder unaufgefordert angeboten hat, ingleichen wenn er fremde Geschäfte besorgt » § 730 « Wer nach besonderer Vorschrift der Gezetze nur den Fleiss zu beobachten hat, welchen er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist zwar für geringe Fahrlässigkeit *nur mit der aus dieser Vorschrift hervorgehenden Einschränkung verantwortlich* ecc. ».

(1) Come due tipi bene distinti si presentano nel recentissimo *Codice giapponese* la diligenza di un buon amministratore (al cui difetto corrisponde la colpa lieve) e la diligenza (e relativa colpa) *in concreto*. Ciò secondo l' Art. 334 di tal Codice, posto nella parte generale relativa alle obbligazioni. Esso è così concepito: « Jusqu' à la livraison d' un corps certain, le promettant doit conserver la chose avec les soins d'un bon administrateur à peine de dommages-intérêts, en cas de negligence ou de mauvaise foi. — Toutefois s' il s' agit d' une aliénation gratuite, le promettant n' est tenu d'apporter à la garde de la chose que les mêmes soins qu' il apporte aux choses qui lui appartiennent. — Les autres cas où le promettant ne doit que les mêmes soins sont reglés au sujet des matières qui comportent cette exception » (*Code civil de l' Empire du Japon, traduction officielle*, T. I), (Tokio 1891).

padre di famiglia come normale (salvo che il giudice debba considerarlo quando con maggiore e quando con minor rigore secondo determinati casi) e d'altra parte il *tipo concreto* in materia di deposito, dove la pietra di paragone non è più la condotta di un *bonus paterfamilias* in genere, ma bensì quella che il debitore suol tenere di fatto rispetto alle cose sue proprie (1). E se così è, ne viene che questo secondo tipo (che per brevità chiameremo coi romanisti della diligenza e della colpa *in concreto*) non è per nulla nell'odierno nostro Diritto una *riduzione* dell'altro, ma bensì un *quid* a sè, che potrà eventualmente con quello combaciare, o starvi al disotto od anche invece sorpassarlo, secondochè appunto il depositario alla gestione delle cose sue proprie usi rivolgere le cure di un buon padre di famiglia o cure minori o cure maggiori, cosa che dimostreremo più a lungo in seguito.

Qui per ora mi fermo all'Art. 1224 per osservar di passaggio che non fu inutile apparato storico l'esposizione della teoria comune dei vecchi interpreti, perch'essa era necessaria all'intelligenza dell'inciso contenuto in quell'articolo, secondo cui vuolsi la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento dell'obbligazione, *abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti, o d'ambedue*. Posto poi per un momento come dimostrato che la *culpa in concreto* è un tipo a sè, non un'attenuazione della *culpa levis in abstracto*, ne viene che l'Art. 1224 si può scindere in tre parti o canoni: 1) Norma fondamentale, ossia regola, la diligenza di un b. p. f., *idest* rispondenza per colpa lieve. 2) Eccezione per cui si adotta un tipo diverso (diligenza *in concreto*, donde *culpa in concreto*) pel solo caso di deposito. 3) La regola stessa non sempre si applicherà in modo uniforme, ma quando più, quando meno rigorosamente.

Di fronte a tanta chiarezza di dettato legislativo è da meravigliarsi che si possa ancora discutere dagli interpreti,

---

(1) Anzi per essere più precisi si dovrebbe dire che nella nostra legislazione i tipi sono tre, tenendo presenti i testi nei quali si parla di *culpa lata* (Cod. civ., Art. 970; cfr. pure Articoli 419, 2020 Cod. civ. e Art. 441 Cod. comm.).

taluni dei quali si lasciano influenzare da quelle stesse vecchie teorie, che il Codice nostro (e con esso il francese) mostrò di voler ripudiare col predetto inciso dell' Art. 1224. È già fonte di incertezze e difficoltà il terzo degli accennati canoni, che cioè il tipo del b. p. f. si debba assumere con più o meno di rigore secondo i varî casi indicati dal Codice, nè conviene ulteriormente ingolfarsi con sottili interpretazioni in una casistica psicologica, come ben la si disse (1), la quale in pratica è di molto difficile applicazione.

Ho accennato dianzi al *Codice francese.* La disposizione di esso, analoga alla nostra, è contenuta nell'Art. 1137, il quale però non presenta il carattere di generalità del nostro Art. 1224, perchè, posto sotto la sezione speciale delle obbligazioni di dare, parla, non come il nostro di diligenza da impiegare nell'adempimento dell' obbligazione, ma nell' obbligo di vegliare alla conservazione della cosa. Dottrina e giurisprudenza però estendono in Francia il principio ad ogni genere di obbligazioni (2). Differisce poi l' Art. 1137 del Codice francese dal nostro Art. 1224 inquanto non contiene l' esplicito richiamo al caso eccezionale del deposito.

106. A) La regola, nella sua purezza considerata, ci dà che l' obbligato dovrà, nell' adempiere la sua obbligazione

---

(1) Simoncelli, *Contributo alla teoria della custodia nel Diritto civile* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* XIV (pag. 3-62), pag. 40.

(2) Cfr., fra tanti, Demolombe, cit. *Cours* etc., T. XXIV, n. 404, pag. 378, Aubry e Rau, *Op. cit.*, T. IV, § 308 testo, e nota 28, pag. 101, Laurent, *Principes,* XVI, n. 232, pag. 295-296, Huc, cit. *Commentaire*, VII, pag. 139, Baudry-Lacantinerie e Barde, *Des obligations,* I, (Paris, Larose-Forcel 1897) n. 357, pag. 331. **Contra** Larombière, *Op. cit.*, T. I, sull' Art. 1137, n. 15, pag. 434 e segg. Il Larombière sostiene inapplicabile l' Art. 1137 alle obbligazioni di fare, che sono di una infinita varietà, onde la responsabilità del debitore vi si dovrà interpretare diversamente secondo che portano le circostanze, quando ritenendolo tenuto solo per colpa grave, quando per colpa lieve, quando per colpa lievissima. E così farebbe rivivere per le obbligazioni di fare in Diritto francese quella vecchia tripartizione di colpe, contro cui nella preparazione del Codice francese espresse aperta condanna il Bigot-Préameneu. Cfr. Fenet, XIII, pag. 230, ove però non farà meraviglia il veder indicata come romana la predetta tripartizione, chè questa era l' idea del tempo.

adoprare la diligenza di un buon padre di famiglia, tipo astratto. Questa è dunque la misura necessaria, ma altresì sufficiente: necessaria, e quindi non varrebbe di scusa il fatto che nelle cose sue egli usasse un grado minore di diligenza: sufficiente, e però basta che usi quella diligenza anche se nelle cose sue ne impieghi per avventura una più scrupolosa ancora. Nè è a dire che si esca da questo tipo che si può chiamare dell'uomo medio o normale, e si voglia qualcosa di più quando si tratta dell'esecuzione di un contratto relativo ad una professione, ad un'arte, ad un mestiere speciale, dove udiamo tuttogiorno ripetere il noto e giusto principio romano: *imperitia culpae adnumeratur* (1), inquantochè qui allora c'è già la colpa, il difetto della diligenza che un buon p. f. deve adoperare per la sola circostanza di essersi accinti a fare ciò che non si sa fare. Dice bene il Ferrini: « Non è che qui si esiga qualche cosa di più di quello che il *paterfamilias* può dare, non è per avventura che qui si attenda la cosidetta *testa critica* del Baron (*kritischer Kopf*).... Finchè il p. f. non s'intriga d'arti o mestieri, non è tenuto a saperne, ma il buon p. f. può fare il pilota o il vetturale (come oggi può guidare una locomotiva o fare il capostazione) e quando assume tali uffici si provvede delle necessarie cognizioni e adibisce una diligenza tanto più intensa quanto più è pericoloso l'ufficio » (2).

Nel ricordato principio *imperitia culpae adnumeratur* si contiene pertanto (di recente lo ha notato il Wendt (3)) la risposta alla critica mossa da taluni Autori, come il Gierke (4), al § 144 del primo Progetto del Codice civile germanico, il quale pure aveva richiesta nell'adempimento delle

---

(1) l. 132 D. de reg. iur. 50, 17 di Gaio, l. 9 § 5 D. loc. cond. 19, 2 di Ulpiano, che fa propria l'opinione di Celso, l. 8, § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 di Gaio, §§ 7, 8 Inst. de lege Aquil. 4, 3.

(2) Ferrini, *Azione di danno*, in *Enciclopedia giuridica ital.*, Vol. IV, Parte 1, n. 99, pag. 77.

(3) Wendt, *Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* in *Archiv f. d. civil. Praxis*, N. F., Bd. XXXVII, (pag. 422-452), pag. 426 e segg.

(4) Gierke, *Der Entwurf eines bürg. Gesetzb. und das Deutsche Recht* in *Jahrb. für Gesetzgeb. u. s. w.* dello Schmoller, (XII e XIII), XII, 3 Heft, pag. 81-82.

obbligazioni la diligenza di un ordinario padre di famiglia (1). O che non si dovrà distinguere, si diceva, secondo il sesso, secondo le condizioni varie? Dovranno dunque anche la moglie, i figli, i domestici, per sapere esattamente ciò che hanno da fare o da omettere, figurarsi di essere altrettanti padri di famiglia? Si dirà forse che l'attrice, la ballerina devono adempiere il loro contratto verso l'impresario con la cura di un buon capo di casa? Pure queste speciose osservazioni hanno impressionato talmente il legislatore germanico, che nella seconda lettura del Progetto si abbandonò il tipo dell'ordinario *paterfamilias*, parlandosi invece della diligenza richiesta negli ordinarî rapporti della vita (2), espressione adottata definitivamente nel Codice del 1896 (3), ma certo più vaga e in sostanza conducente sempre al medesimo concetto, che si debba cioè prendere come tipo l'uomo medio, la persona normale (4).

107. B) La eccezione: Concerne il deposito volontario, quello cioè che ha luogo per consenso spontaneo di chi dà e di chi riceve la cosa in deposito (Art. 1839), in contrapposto al necessario, quello a cui uno è costretto da qualche accidente come un incendio, una rovina, un saccheggio e simili (Art. 1864), alla qual condizione si pareggia quella del deposito degli effetti che il viandante porta negli alberghi ove alloggia (Art. 1866). Orbene, per l'Art. 1843 (1927 del *Codice francese*), già richiamato nel 1224, nel deposito volontario il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie. Parrebbe così chiara questa disposizione da non lasciar luogo a dubbî od equivoci. È abbandonato cioè il tipo astratto del *diligens paterfamilias*, per assumere un tipo diverso, il concreto, e quindi se nelle cose proprie il depositario usi una diligenza inferiore alla normale di un b. p. f., di questa bisognerà che il deponente si accontenti, ma egli avrà diritto invece ad esigere la diligenza normale od anche più della normale se tale sia quella che il de-

---

(1) *Entwurf, I Lesung*, § 144: « Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird ».

(2) *Entwurf, II Lesung*, § 233 « Der Schuldner hat... Vorsatz und die Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit) zu vertreten ».

(3) § 276 « .... Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt ».

(4) Cfr. Wendt, *loc. cit.*, passim.

positario adopera nelle cose sue. Senonchè vi ha chi ritiene che la regola dettata per il deposito rappresenti *sempre* un alleviamento nella diligenza dall' obbligato richiesta e quindi nella colpa di cui tenerlo responsabile, che in altre parole la *diligentia quam suis* sia già di per sè un tipo inferiore alla *diligentia* del *b. p. f.* E poichè nella questione ha grande peso l'Art. 1844 (corrispondente al 1928 del *Codice francese*), di questo diciamo anzitutto brevemente, esponendo poi gli argomenti tutt'altro che trascurabili dei sostenitori di questa opinione (1).

Dice l'Art. 1844: « La disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore: 1° quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito — 2° quando ha stipulato una rimunerazione per la custodia del deposito — 3° quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario — 4° quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa ». Nel primo caso è naturale che il deponente abbia diritto di attendersi maggiori cure nella conservazione delle cose sue, vista la spontanea offerta da parte del depositario. Nel secondo caso per effetto della mercede siamo veramente fuori del campo del deposito, che l' Art. 1837 qualifica *contratto essenzialmente* gratuito, e il contratto diventa una locazione d' opera, di cui ricorrono tutti gli estremi, un servizio reso da una parte, una retribuzione in correspettivo dall' altra. Il che è conforme ai principî romani (2), come riconobbe anche il POTHIER (3). Il terzo caso

---

(1) Fra questi va notato particolarmente il SIMONCELLI, cit. *Contributo alla teoria della custodia*, a confutazione del quale è in modo speciale diretta la ricordata mia memoria *La culpa in concreto* ecc. Ma qui non trascurerò anche talune obbiezioni che mi ha mosse di poi con l'acume e cortesia abituali l'egregio collega ed amico PEROZZI, *La culpa in concreto* in *Temi Veneta*, XIX (1894), pag. 477-482, il quale concorda col SIMONCELLI nelle conclusioni, ma non negli argomenti. Meco CHIRONI, *Op. cit.*, n. 54 e segg., pag. 133 e segg.

(2) l. 1, § 8 D. depos. vel contra 16, 3 di ULPIANO.

(3) POTHIER, *Traité du contrat de dépôt* (*Oeuvres*, III, Bruxelles, Jouker 1830), n. 13, pag. 85. Un' esplicita dichiarazione in questo senso, proprio nei riguardi della colpa, leggiamo nel *Codice chileno* all'Art. 2219, così concepito « El depósito propiamente dicho es gratuito. Si se estipula remu-

pure contemplato nell' Art. 1844 basta enunciarlo perchè sia palese la ragionevolezza di trattare più rigorosamente il depositario: non è piuttosto altrettanto facile il configurarselo praticamente. All' uopo tutti ricorrono all' esempio contenuto nella l. 4 pr. D. de reb. cred. 12, 1 di ULPIANO. Eccone il tenore: « Si quis nec causam nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat deposuerit apud te hanc eamdem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit ». Lasciando che il passo guarda la cosa dal punto

neracion por la simple custodia de una cosa, el depósito dejenera en arrendamento de servicio, i el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve ». Quell'Articolo prosegue (e in ciò non saprei approvarlo) dichiarando « pero bajo todo otro respecto esta sujeto a las obligaciones « del depositario, i goza de los derechos de tal ». Anche il LAURENT nel suo *Avant-Projet de révision du Code civil* (Bruxelles, Bruylant-Cristophe 1882) dichiara all'Art. 2001 « Le dépôt est un contrat essentiellement gra- « tuit. Si un salaire est stipulé pour le dépositaire, le contrat prend la « nature du louage », ma poi ha il torto di includere nel successivo Art. 2010, sull' esempio del Codice francese, tra i casi di deposito con responsabilità aggravata quello in cui il depositario abbia « stipulé un salaire pour la garde de la chose ». — Meglio assai il *Codice giapponese*, il quale, conseguente alla dichiarazione che il deposito è essenzialmente gratuito (Livre de l'acquisition des biens, Art. 206), non pone fra i casi di responsabilità aggravata (ibid. Art. 210 capov.) il deposito salariato. Esclusione motivata dal BOISSONADE appunto con l' osservazione che allora si tratta non più di vero deposito, ma di locazion d' opere. *(Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire,* T. III (Tokio, 1888), n. 718, pag. 870-871).

Fatto sta che vani risultarono tutti gli sforzi, tentati a dirimere la sconcordanza fra le definizioni del deposito come essenzialmente gratuito (Art. 1837 del nostro Codice, 1917 del *francese*) e la disposizione in esame da commentatori del Codice nostro e del francese. Arbitrario p. es. è l' asserto di quelli che si ostinano a ravvisare il contratto come vero deposito se la mercede è bassa, non adeguata al servizio (cfr. su di ciò GUILLOUARD, cit. *Traité du prêt, du dépôt* etc., *Tr. du dépôt*, n. 14 e segg., pag. 287 e segg. quasichè una certa entità nella mercede fosse essenziale nella locazion d'opere.

di vista della prestazione del rischio e pericolo, mentre noi stiamo trattando della prestazione della colpa, si è trovato che esso contiene una fattispecie nella quale si ha un deposito fatto unicamente nell' interesse del depositario. Il caso è precisamente questo. Io probabilmente acquisterò fra alcuni mesi un fondo ed avrò in tal caso bisogno di mutuare una somma con cui pagare in tutto o in parte il prezzo. Mi rivolgo a Tizio, mio amico, che sta per partire, e gli tengo il seguente discorso: dammi la tal somma, io te la terrò in deposito finchè tu sei in viaggio, ma per convertirla da somma a titolo di deposito in somma a titolo di prestito il giorno in cui, durante la tua assenza, io mi decidessi a comperare quel tal fondo. Ecco un deposito fatto in circostanze tali, da riuscire unicamente a vantaggio del depositario [semprechè però, ciò che veramente il passo non dice ed anzi le prime parole sembrerebbero escludere, il prestito eventuale sia gratuito (1)]. Parrebbe che qualche maggiore esigenza nei riguardi della prestazione della colpa la si dovesse avere anche nel caso in cui il deposito non fosse nell' interesse esclusivo del depositario, ma sì nell' interesse comune di ambe le parti, del che avremmo esempio se, fermi tutti i dati della fattispecie or ora indicata, ammettessimo che l' eventuale futuro mutuo sarà fruttifero e non gratuito (2). — Nel quarto caso finalmente se dall' Art. 1844 si esige maggior diligenza, non è che pel rispetto dovuto ai patti: di qualunque colpa risponderà il depositario dal momento che così si è convenuto.

Ora tornando alla nostra questione, esponiamo i principali argomenti degli avversarî nostri, i quali ravvisano nella diligenza *quam in rebus suis* dell'Art. 1843 un grado sempre inferiore a quella del b. p. f., e quindi intendono i quattro casi del successivo Art. 1844 come un ritorno alla diligenza ordinaria del b. p. f., senza che mai si possa andare più oltre. Sono di tre specie siffatti argomenti, su cui il SIMONCELLI in particolar modo si appoggia: un argomento esegetico intorno

---

(1) Cfr. GUILLOUARD, *Op. cit.*, n. 56, pag. 336-337.
(2) GUILLOUARD, *Op. cit.*, n. 57, pag. 337.

all'Art. 1224, un argomento storico desunto dalla genesi e dal concetto romano della *culpa in concreto*, e finalmente un argomento di induzione tratto dalla materia del sequestro giudiziario. Esponiamoli partitamente:

1°) Prendendo come fondamentale nell'Art. 1224 l'inciso « abbia questa (obbligazione) per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue », con che si volle proscrivere il vecchio concetto di commisurare la prestazione della colpa all'utile derivante dal negozio, dice il Simoncelli che si può parafrasare l'Art. stesso nel modo seguente: la regola è la diligenza del buon padre di famiglia, senza che il criterio dell'utilità influisca punto ad attenuare, come in passato, questa diligenza in quella *quam in rebus suis*, salvo il caso del deposito, in cui dunque il criterio dell' utilità opera e quindi, essendo il deposito di regola gratuito, cioè il debitore non risentendo vantaggio, minore sarà la sua responsabilità, e precisamente quella della diligenza *in concreto*. Se ne deduce che, se non è gratuito, cessa l' eccezione e ritorna la regola, cioè la diligenza del buon padre di famiglia, e così si spiega il maggior rigore dell'Art. 1844 e vengono motivati il secondo e il terzo caso ivi contemplati. Questo l' argomento che, per brevità, chiameremo *esegetico*.

2°) Quanto al secondo argomento che dissi *storico*, ci si fa osservare che il concetto romano della *diligentia quam in suis* nacque pei casi di tutela, società, comunione e amministrazione del marito in ordine alla dote, quale attenuazione della diligenza del buon padre di famiglia, sicchè solo in quanto non la raggiunga può, come ebbe a dire il Hasse (1), essere considerata come qualche cosa di speciale. In vista di ciò, e quando inoltre si consideri che l'eccezione riguardante il depositario deriva dal Diritto romano, che per Diritto romano egli di regola rispondeva della *culpa lata*, e, solo quando si fosse da sè offerto, la sua responsabilità si elevava alla diligenza del buon padre di famiglia (l. 1, § 35 D. 16, 3), ne viene che va contro la storia della legge, la quale volle es-

---

(1) Hasse, *Die culpa des römischen Rechts*, 2° Aufl. (bes. von Bethmann-Hollweg, Bonn, Marcus, 1838), § 42, n. 2°, pag. 148.

sere più mite col depositario, chi ammette che il *maggior rigore* dell'Art. 1844 possa sorpassare la diligenza ordinaria.

3°) Finalmente l'ultimo argomento poggia sopra l'Art. 1876, per il quale, trattandosi di sequestro o deposito giudiziario, è fatto obbligo al depositario di usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Orbene, dice il SIMONCELLI, anche a voler ritenere quest'articolo applicabile solo nei rapporti fra sequestrante e depositario, resta sempre vero che qui, dove si verifica uno dei casi dell'Art. 1844, cioè il secondo, per essere il depositario retribuito, la diligenza di *maggior rigore* non è niente più di quella del buon padre di famiglia. L'Art. 1876 adunque viene col suo esempio a determinare la giusta portata dell'Art. 1844, del quale è una applicazione pura e semplice, e conseguentemente la giusta portata altresì dell'articolo che precede, per effetto del quale dunque si dovrà stare sempre al disotto della diligenza del b. p. f., che è come dire che rispondere di *culpa in concreto* è sempre meno che rispondere di *culpa levis*. (Si sofferma poi il SIMONCELLI a dimostrare (cosa nella quale io con lui perfettamente concordo) che la disposizione dell'Art. 1876 deve intendersi, oltrechè nei rapporti fra sequestrante e depositario, nei riguardi altresì del deponente, trovando modo di connettere a questa materia del sequestro giudiziario ciò che in termini generici dispone il Codice di procedura civile in tema di pignoramento, che cioè il custode debba adoperare per la conservazione degli oggetti pignorati la cura di un diligente padre di famiglia).

107 *bis*. Vagliamo una per una cosifatte argomentazioni.

Ad 1°) L'esegesi dell'Art. 1224 quale ci è presentata *ex adverso* non potrebb'essere più forzata ed arbitraria. Per quanta sia l'importanza dell'inciso « abbia questa [l'obbligazione] « per oggetto l'utilità d'una delle parti o d'ambedue », rimane sempre come proposizione principale, contenente il principio-cardine dell'articolo stesso, la seguente: « La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione è sempre quella di un buon padre di famiglia » — e però la riserva finale « *salvo il caso di deposito* », come quella che segue l'enunciazione del predetto fondamentale principio, deve

intendersi riferibile al principio stesso, e non già all'idea secondaria contenuta nell' inciso, nel quale, se così fosse, quella riserva avrebbe dovuto essere compenetrata. In altre parole l' Art. 1224, a chi voglia leggerlo ed interpretarlo nel senso fatto palese dal proprio significato delle parole *secondo la connessione di esse* (come prescrive l' Art. 3 del Tit. preliminare del Codice), viene a dire questo e non altro: la diligenza di un buon padre di famiglia è il tipo costante, eccezione fatta soltanto in materia di deposito: *ergo* pel deposito il legislatore ha inteso di proporre un tipo eccezionale diverso. Che se, anzichè un tipo nuovo a sè, non si avesse in fatto di deposito che un' attenuazione del tipo normale, diventava inutile il farne espresso accenno nel primo comma dell' Art. 1224, perchè allora questo caso sarebbe rientrato nella generica disposizione del capoverso.

Tanto è ciò vero, che il LAURENT nei Motivi del suo *Avant-Projet*, credendo appunto che il caso del deposito sia da considerare non altro che come una delle eccezioni già comprese nella generica dizione del capoverso (cioè altro dei casi di minor rigore), muove censura al legislatore italiano per averla *inoltre* menzionata a parte, mentre invece a ragione ha omesso di richiamare nell' Art. 1224, appunto perchè tutti inclusi nel capoverso, i casi di mandato gratuito e di gestione d' affari, nei quali pure c' imbattiamo in attenuazioni della responsabilità ordinaria (1). Questa censura avrebbe pur dovuto ripetere il SIMONCELLI dal suo punto di vista. E noi, mutuandola per conto suo dal LAURENT, rispondiamo che il richiamo al caso speciale del deposito fu per la prima volta introdotto dal nostro Codice nella disposizione regolatrice della colpa contrattuale, mentre invece non figurava nei corrispondenti articoli del Codice *francese*, dell'*albertino*, del *parmense*, del *napoletano*, dell' *estense* (2), benchè tutti questi avessero poi per il deposito adottato lo stesso criterio di responsabilità fissato dal nostro Art. 1843 (3). Non può dunque considerarsi casuale, nè tampoco superfluo, questo esplicito accenno al deposito nell' Art 1224, mentre si continuò a tacere del mandato e della gestione d'affari, e la diversità si

---

(1) Sull'Art. 1146, n. 8, pag. 142 del Tomo IV (Bruxelles, Bruylant-Christophe 1884).

(2) Cfr. *Cod. franc.*, Art. 1137, *albertino*, Art. 1228, *parmense*, Art. 1110, *delle Due Sicilie*, Art. 1091, *estense*, Art. 1187.

(3) Cfr. *Cod. franc.*, Art. 1927, *albertino*, Art. 1961, *parmense*, Art. 1988, *estense*, Art. 1972, *delle Due Sicilie*, Art. 1799.

spiega per l'appunto con ciò, che il richiamo al mandato e alla gestione avrebbe costituito una [illegible] inutile, mentre non la costituiva il richiamo al deposito per aversi qui realmente un tipo di diligenza *sui generis*. Nell'argomento esegetico così come lo adduce il SIMONCELLI è inoltre da rilevare una inesattezza, in quanto egli, parafrasando l'Art. 1224, dice: la regola è la diligenza di un buon padre di famiglia, *senza che il criterio dell' utilità influisca punto ad* ATTENUARE, COME IN PASSATO, QUESTA DILIGENZA IN QUELLA *quam in suis rebus, come nel caso di deposito* ecc. Gli si può obbiettare che l'attenuazione, basata sul criterio dell' utilità da parte del solo creditore, consisteva IN PASSATO nello scendere dalla responsabilità per colpa lieve a quella per sola colpa lata, non già a quella per la colpa in concreto. Ciò posto il SIMONCELLI, se vuole insistere nel suo modo di leggere l'Art. 1224, vi dovrà ravvisare ripristinato l'*antico* favore pel depositario *nel senso* ch' egli risponda di sola colpa lata. E allora dove se ne va il diverso criterio della colpa in concreto posto nell' Art. 1843 del nostro Codice? E ciò specialmente datochè il concetto di colpa lata in *subiecta materia* non venga accolto, come non mostra di accoglierlo il SIMONCELLI, nel senso della l. 33 D. depos. vel contra 17. 1 di CELSO, di che si dirà più innanzi.

Ad 2°) Passo all'argomento *storico*. È verissimo che i romanisti sogliono concepire la *diligentia quam in suis rebus* come qualche cosa a cui si abbia particolare riguardo solo in quanto stia al disotto della diligenza di un buon padre di famiglia. Ma su di ciò parmi possibile qualche dubbio. I casi comunemente citati sono, lo vedemmo, quelli della comunione, della società, della tutela e dell'amministrazione della dote per parte del marito. Ebbene, esaminati attentamente passi delle fonti relativi a tali rapporti, mi sembra che per due di quei quattro casi la *diligentia quam in suis rebus*, lungi dal rappresentare un' attenuazione, possa apparire assunta come criterio di *possibile* aggravamento della diligenza ordinaria. Infatti la l. 17 pr. D. de iure dot. 23, 3 di PAOLO, dopo di aver detto che il marito deve prestare « *tam dolum quam culpam*, quia causa sua dotem accipit », soggiunge: « sed etiam diligentiam praestabit quam in suis rebus exhibet ». Ora il *sed etiam* parmi provi che s' intende di *caricare* la responsabilità derivante al marito dalle parole precedenti, le quali già la estendevano alla colpa ordinaria. E così dicasi della l. 1 pr. *D.* de tut. et ration. distrah. 27, 3, dove pure apparisce che il giureconsulto ULPIANO voglia presentarci un crescendo di responsabilità a

carico del tutore col dire che della sua condotta egli risponderà « praestando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam ».

Resterebbe dunque per lo meno paralizzata la teoria che ravvisa nella genesi e nel concetto della colpa *in concreto* secondo il Diritto romano una costante mitigazione della colpa ordinaria, dal momento che su quattro casi che questa teoria invoca può dubitarsi che due risultino invece a favore di un assunto diametralmente opposto (1).

---

(1) Non ignoro però i significati speciali che si vollero dare nei riguardi della prestazione delle colpe all'espressione *diligentia*, in quanto la si trovi usata nelle fonti accanto al *dolus* e alla *culpa*. Per taluni alla mancanza della *diligentia* corrisponde la colpa contrattuale, mentre colla parola *culpa* si allude all'aquiliana (Hasse, *Op. cit.*, §§ 33 e segg., pag. 120 e segg., Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II Bd., I Abth. (2.ª Aufl., Erlangen, Deichert 1879), § 266, pag. 251, nota 10). Altri ritiene che *culpa* significhi allora *culpa in faciendo*, e che la prestazione della *diligentia* consista nel rispondere della *culpa in non faciendo* (Wening-Ingenheim, *Die Lehre vom Schadensersatze nach römischen Rechte* (Heidelberg, Mohr 1841), §§ 80, 81, 82, pag. 170-176). Io non posso addentrarmi in siffatta ricerca, che richiederebbe da sola una estesa monografia. Ma osservo soltanto che, ove si accogliesse la prima spiegazione delle parole *culpa* e *diligentia*, non si capirebbe perchè nel rapporto *contrattuale* derivante dalla dote il giureconsulto si fosse anzitutto occupato della prestazione di una eventuale colpa aquiliana e con una motivazione che a questa specie di colpa non si attaglia punto (« virum praestare oportet tam dolum quam *culpam, quia causa sua dotem accipit* ») e solo di poi della colpa contrattuale a scopo di attenuazione. Ed accogliendo l'altra interpretazione, non saprei ugualmente vedere il perchè dovesse il marito rispondere nella misura ordinaria delle colpe *in faciendo* e meno di quelle *in omittendo*. Analoghe considerazioni possono farsi nei riguardi del tutore. Invece coi riflessi che espongo nel testo parmi si spieghi la progressione di responsabilità, che i passi relativi alla tutela e alla dote rivelano già a primo aspetto a chi li legga senza preconcetti. E la avvalora la famosa l. 23 *D.* de reg. iur. 50. 17 di Ulpiano: « Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum « et culpam..., dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori « acceptum, locatum, *item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem « et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.* » Non isfuggirà che in questo passo sono separatamente abbinati i casi della società e della comunione, che, data la tesi da noi combattuta, dovrebbero trovarsi riuniti ai tre casi che precedono; e questi ultimi d'altro canto

Nè mancherebbe di ciò la ragione. Il Diritto romano, alieno da ogni astrattezza, non avrebbe concepita la *culpa in concreto* come un tipo che esista in un costante determinato rapporto di più o di meno rispetto alla colpa ordinaria, ma avrebbe dettate norme anche qui volta per volta secondo la varietà delle circostanze di fatto. E che il Diritto romano non pensasse a costruire una teoria generale della *culpa in concreto*, nè ubbidisse ad un ordine invariato di idee nel regolarla, lo comproverebbe il fatto che, presi pure i due casi in cui realmente la diligenza *quam in suis* funziona quale attenuazione dell'ordinaria, il motivo di siffatta attenuazione addotto per uno di quei casi è tale, che avrebbe dovuto addirittura farla escludere per l'altro. Infatti quanto alla società se ne reca nella l. 72 *D.* pro socio 17, 2 la seguente ragione: « .... Sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem « suis rebus adhibere solet, *quia qui parum diligentem sibi socium* acquirit, de « se queri debet ». Ma allora, se tale e non altro fosse il motivo della mitigata responsabilità, questa non dovrebbe incontrarsi, come invece per la l. 25, § 16 *D.* fam. ercisc. 10, 2 di Paolo si incontra, nei rapporti fra coeredi, dove la comunione è incidentale. Il vero si è che, con quel finissimo intuito giuridico che li distingueva anche quando non sapevano dare dei loro responsi l'esatta ragione, i giureconsulti romani sentirono che l'indole intrinseca del rapporto giuridico domandava in questo o quel caso la prestazione della *diligentia quam suis*, ma ciò in vario senso, quando nel senso che fosse troppo l'esigere la diligenza ordinaria, quando invece nel senso e all'intento di eventualmente sorpassarla. È la dottrina odierna che può e deve, lavorando sopra i testi romani, ridurli (in quanto è possibile senza sforzi od artificî) ad unità di sistema, nè il tentarlo nella materia nostra mi parrebbe gran fatto difficile. In vero, ciò che vi ha di comune nei due casi della società e della comunione è la circostanza che ciascun debitore (socio o comunista) è al tempo stesso comproprietario delle cose a cui la gestione nel comune interesse si riferisce. Naturale quindi che non possa l'un socio o comunista lagnarsi se il suo cointeressato impiega quella diligenza inferiore all'ordinaria ch'egli è solito ad usare nelle cose sue proprie (1). Ecco dunque spiegato perchè in questi due rapporti alla *diligentia quam suis* si abbia riguardo come a mitigante di responsabilità. — D'altra parte invece la protezione dovuta alle persone soggette a tutela, istituto in cui è direttissimamente interessato l'ordine pubblico, e la costante sollecitudine, pur da ragioni di pubblico interesse determinata, in favor delle doti *(reipublicae interest mulieres dotes salvas habere propter*

---

stanno legati assieme da un *item*, che mi persuade valere per tutte e tre le ipotesi *(dotis datio, tutela, negotia gesta)* l'IN HIS *quidem* ET *diligentiam* che segue.

(1) Non si fa così che estendere ad entrambi i casi la motivazione che si trova data per la comunione nella citata l. 25, § 16 *D.* fam. ercisc. 10, 2 « non tamen diligentiam praestare debet qualem diligens paterfamilias, *quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi.* »

quas nubere possint, l. 2 D. *de iure dot.* 23, 3 di Paolo) spiegherebbero come quivi il concetto della *diligentia quam suis* fosse assunto invece dal punto di vista di un aggravio di responsabilità. Fosse assunto cioè a significare che il marito e il tutore rispondono, come regola, della colpa lieve, ma che, se per avventura siano nelle cose proprie più diligenti del normale, questa maggior diligenza debbono pur usare, il primo nell' amministrazione delle cose dotali, il secondo nella gestione pupillare, senza di che tradirebbero la fede in essi riposta, giusta il concetto che vedremo tosto enunciato nella l. 33 *D.* depos. vel contra 17, 1 di Celso.

Se si accettino tali conclusioni (nè mi si negherà che il punto è per lo meno opinabile) la questione circa il modo di interpretare questo concetto di *diligentia quam suis* nel rapporto speciale del deposito, diverso dai quattro sin qui esaminati, rimane assolutamente impregiudicata nè varrebbe il ricorso a quei quattro casi presi in blocco, pretendendo di trarne un concetto romano *unico* di diligenza attenuata, per tacciare poi di ribelle alla tradizione romana ed al principio della continuità storica chi tale concetto abbandoni nell'odierno Diritto.

Senonchè il Simoncelli ci fa d' altro lato osservare che il Diritto romano mostrò già il suo intendimento di trattare più benignamente il depositario col chiamarlo a rispondere soltanto del dolo e della colpa lata, e che quindi la interpretazione da noi sostenuta nel Diritto odierno va contro alla storia della legge.

Ma quale fosse, io rispondo, nel caso concreto il modo preciso di intendere quella *culpa lata*, sino alla quale soltanto giungeva la responsabilità del depositario, risulta dalla l. 33 D. depos. vel contra 17, 1 di Celso, così concepita:

« Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Pro-« culo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis « non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens « est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestet, « fraude non caret; *nec enim salva fide minorem iis quam « suis rebus diligentiam praestabit* ».

È proprio questa la legge che ha condotto a stabilire il principio che nella legislazione francese, nella nostra e in altre sulla francese foggiate, disciplina la diligenza del depositario, e lo comprova, per tacer d' altro, il fatto che la predetta legge trovasi addotta come il caposaldo in questa materia nel

trattato sul deposito del POTHIER, che servì, come ognun sa di modello e di guida ai compilatori del Codice Napoleone (1). Ora quel testo romano, sebbene in verità presenti l'ipotesi di persona meno diligente di un buon padre di famiglia, racchiude tale una motivazione da sorreggere perfettamente il nostro assunto. Vi si vuol spiegare quando il depositario cada nella colpa lata, che al dolo si agguaglia *(culpa lata proxima dolo est — dolo aequiparatur)* e si dichiara verificarsi ciò tutte le volte ch'egli non impieghi nella custodia delle cose affidategli quel preciso grado di diligenza che adopera nel custodire le sue, e ciò perchè l'agire altrimenti sarebbe sempre un tradire la fede in lui riposta dal deponente *(non salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit)*. Se anche dunque io volessi concedere ciò che dianzi ho messo in dubbio, che cioè dalle leggi riflettenti i quattro casi della società, della comunione, della tutela e della dote emergesse in Diritto romano un concetto unico di *culpa quam in suis* quale sottospecie ed attenuante della colpa lieve, starebbe sempre che sotto ben altri riflessi e per ben diverso intento, cioè per precisare il contenuto della *culpa lata*, si trova fatto ricorso alla *diligentia quam suis* nel testo relativo al deposito (2). Essendo qui la questione tutta sul terreno subbiettivo perchè riflettente un modo di agire equiparato al dolo, si viene a concludere che il depositario *fraude non caret* semprechè avvenga che usi cure maggiori per le cose proprie che per quelle ricevute in deposito, rivelando già una simile condotta la coscienza da parte sua di esporre le cose altrui ad un pericolo da cui sa e vuole preservare le proprie (3).

Si ha qui precisamente quella *culpa lata* che lo ZASIO chiama opportunamente *culpa lata versutiae* in contrapposto alla *culpa lata ignaviae*, che ne sarebbe il concetto comune (« non intelligere id quod omnes intelligunt ») (4): ed ecco pertanto come si presenti fallace l'argomento addotto

---

(1) cit. *Traité du contrat de dépôt*, n. 27, pag. 88-89

(2) Cfr. HESSE, *Zur Lehre vom dolus und culpa* in *Archiv für die civil. Praxis*, Vol. LXI (1878) (pag. 203-276), § 7, pag. 224-225.

(3) Cfr. HESSE, *loc. cit.*

(4) *Op. e loc. cit*

dagli avversari che il depositario fosse in Diritto romano trattato benignamente, sì da non doversi *mai* richiedere per parte di lui la diligenza normale del buon padre di famiglia *per ciò* che la sua responsabilità è dichiarato arrestarsi alla *culpa lata*. Bisognava infatti indagare prima il senso speciale in cui questa *culpa lata* era intesa nella subbietta materia.

Quindi, se non in via generale, in materia almeno di deposito io concordo perfettamente col Wendt-Ingenheim, che si debba per Diritto romano risolvere affermativamente la questione se anche il *diligentissimus paterfamilias* incorra in colpa lata tosto che tralasci di essere tale rispetto alle cose altrui (1). Il criterio direttivo infatti ha da essere sempre quello: subito che cioè il depositario, in luogo di confondere in un' unica sfera, agli effetti della vigilanza, le cose proprie e le altrui, ne fa due sfere separate e distinte applicandovi due pesi e due misure, la sua condotta diventa irregolare e sospetta e dà giusto motivo di lagno al deponente, che può dire d' essere ricorso a lui, anziché ad altri, appunto perchè ne conosceva la particolare oculatezza, e sovr' essa aveva avuta ragione di fare sicuro assegnamento (2).

Nel che sta altresì la principale risposta alle osservazioni del Perozzi, il quale ravvisa nella diligenza del b. p. f. una diligenza idealmente perfetta, al di là della quale non è mai ammissibile pretendere che il debitore si spinga, per ciò che al di là di essa non è più il caso di parlare di diligenza, ma di meticolosità, di sospetto, di stranezza e simili (3). Queste, dico io, potranno essere semplicemente buone ragioni *de lege ferenda* per consigliare un futuro legislatore ad abbandonare il criterio della *diligentia quam suis* per il deposito, sottoponendolo alla regola generale. Quanto poi alla l. 32 D. depos. vel contra 16. 3 di Celso, tanto favorevole alla mia tesi, il Perozzi dice che sarebbe una gran bella cosa se ci decidessimo a lasciar da parte questo testo, che contraddice per il concetto di *culpa lata* e per la responsabilità del depositario a tutte le altre fonti ed esprime quindi

---

(1) *Op. cit.*, § 79, pag. 169.

(2) È poi questione fra romanisti se la *culpa in concreto* fosse già sempre per sè stessa una *culpa lata* o se diventasse tale solo in quanto il debitore posponesse deliberatamente la cura delle cose altrui alla cura delle cose sue proprie. A me basterà ricordare due dei maggiori, e per di più specialisti nel tema della colpa, cioè il Hasse per la prima soluzione (*Op. cit.*, Cap. V-VII, pag. 126 e segg. *passim*) e Federico Mommsen per l'altra (cit. *Beiträge*, III (Braunschweig, Schwetschke 1855), *Beitr. zur Lehre v. d. Culpa*, pag. 377 e segg.). — Ma se anche il Mommsen in tesi generale avesse ragione, dovrebbe ammettere pur sempre un' eccezione almeno in materia di deposito, atteso il modo esplicito onde si esprime la famosa l. 32 D. dep. 16. 3 di Celso, della quale egli stesso non disconosce la gravità e che con uno sforzo troppo evidente cerca di piegare alla sua tesi.

(3) Perozzi, *loc. cit.*, pag. 478-479.

un' opinione personale di quell' ingegno originale, superbo e amante di novità che fu Celso [1]. Tuttociò sarà benissimo giacchè lo afferma un così valoroso romanista) per chi studî la cosa in Diritto romano puro. Ma noi invece dobbiamo prendere quale strumento di interpretazione del Diritto civile vigente le teoriche aventi corso come Diritto comune allora quando i Codici furono compilati, nè possiamo quindi ripudiare quel passo di Celso, dal momento che su di esso principalmente vedemmo fondarsi il Pothier. — Mi guarderò bene invece, trattandosi di genuino Diritto romano, dal polemizzare con uno specialista della forza del Perozzi inquanto egli combatte il mio assunto che i passi dianzi citati relativi alla tutela ed alla responsabilità del marito rispetto alle cose dotali accennino, se mai, ad aggravamento, anzichè ad attenuazione della colpa lieve. Solo mi permetterò di dire che non tutte le sue osservazioni in proposito mi paiono di ugual peso, onde io non ho saputo decidermi ad abbandonare del tutto il predetto assunto espresso nella ricordata mia memoria sulla *culpa in concreto*, ma mi sono limitato ad esprimerlo nel presente volume in forma meno recisa, presentandolo più che altro come un dubbio. Così per quanto riguarda la responsabilità del marito circa le cose dotali, convengo col Perozzi che fa gran peso a favore della sua tesi la l. 24 § 5 D. sol. matr. 24. 3 di Ulpiano, ma d'altra parte egli non distrugge punto l'argomento che a favore della mia ho tratto dalla l. 17 pr. D. de iure dot. 23. 3 di Paolo, dove, dicendosi che il marito presterà *tam dolum quam culpam*, ma che inoltre *diligentiam praestabit quam in suis rebus*, non si può, per evitare il crescendo da me descritto, interpretare col Perozzi la parola *culpa* come colpa lata, sia perchè il significato normale della parola *culpa* usata a fianco al dolo (lo notava già il Donello (2)) è quello di colpa lieve, sia perchè nel caso concreto tale significato risulta avvalorato dalla motivazione che immediatamente sussegue, dover cioè il marito prestare anche la colpa « *quia causa sua dotem accipit* ». Ripetasi altrettanto per la progressione segnata nella l. 1 pr. D. de tut. et ration. distrah. 27. 3, di Ulpiano, dove pure il Perozzi ricorre alla scappatoia di prendere la parola *culpa* nel senso di colpa lata, e con ciò si dilunga da eminenti romanisti, i quali di fronte a quel testo sono costretti ad ammettere che in sè e per sè il tutore risponda anche della colpa lieve, e per salvare l' idea che la *diligentia quam in suis rebus* si tenga di mira a scopo di attenuazione, ricorrono invece a ben altro espediente (che qui non è il caso di giudicare), cioè ritengono che, provata la *levis culpa*, il tutore possa a suo scarico fornire la controprova di aver tuttavia adibita la diligenza a lui abituale nelle faccende sue proprie (3).

---

(1) Perozzi, *loc. cit.*, pag. 481.

(2) Donello, *cit. Comment. de iure civ.*, Lib. XVI, cap. 7, n. 12 (Vol. IV, col. 705-706).

(3) Così p. es. il Windscheid, *Pandekten*, II, § 438, nota 5, pag. 595 (7. ediz.). Riferito il citato passo, egli scrive: « Der Vormund haftet *also*

Finalmente osservo che se anche la tesi nostra fosse insostenibile secondo il genuino Diritto romano, la suffragherebbe la successiva elaborazione del Diritto stesso, cioè a dire il modo onde i princìpi romani si trovavano intesi ed applicati nel Diritto comune anteriormente alla codificazione. Era infatti *communis opinio* (attestata, per dire solo di uno dei maggiori, dal PACIO nel suo trattato sul *deposito*) che non della colpa lieve soltanto, ma della *levissima* dovesse rispondere il depositario quando o si fosse offerto egli medesimo a ricevere il deposito, ovvero questo seguisse nell'esclusivo interesse di lui (1). Orbene, abbiamo qui precisamente due dei quattro casi contemplati nel nostro Articolo 1844, e pertanto (a parte il giudizio sulla esistenza di una *culpa levissima* come tipo a sè di colpa) resta pur sempre accertata una tradizione storica, contro la quale è proprio il SIMONCELLI che viene a porsi col presentare la responsabilità per colpa lieve siccome il *maximum* a cui si può giungere nell'applicare il predetto Art. 1844.

Noto di passaggio che della predetta *communis opinio* troviamo pure il riflesso, per uno di quei casi, nel *Codice di Guatemala*, che sappiamo aver conservata la vecchia tripartizione delle colpe, leggendovisi all'Articolo 1961 quanto segue: « Se imputará la culpa levisima al depositario.... cuando se hubiese hecho el depósito principalmente por utilidad del que lo recibió. »

Ad 3°) Vengo all'ultimo argomento desunto dal tema del sequestro giudiziario. Esso è presentato così ingegnosamente da apparire a primo aspetto invincibile. Il sequestro giudiziario è un deposito retribuito, proprio uno di quei casi adunque in cui l'Art. 1844 esige che il depositario sia trattato con maggior rigore. Orbene, che questo maggior rigore consista nel far ritorno al tipo normale per tutte le obbligazioni, e non più, ve lo dimostra, ci si dice, l'Art. 1876, in quanto dichiara

---

an und für sich auch wegen *levis culpa*, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien » e rimanda al § 265, Ziff. 6, ove questo concetto di controprova è meglio precisato.

(1) Cfr. JUL. PACII A BERIGA, *De contractibus* (Lugduni, in bibliop. Vincentii 1616) *Tractatus IV. De deposito*, Cap. XII, n. 80, col. 107-108.

appunto che il sequestratario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Segno dunque che, quando non ricorre nessuno dei casi di maggior rigore, la regola pel deposito è che si stia al di sotto di questo tipo normale, del quale, in altri termini, la *diligentia quam suis* incombente al depositario costituirà un'attenuazione.

Un primo errore logico di siffatto ragionamento consiste nell'asserire *sic et simpliciter* che il sequestratario, il quale è un depositario retribuito, viene trattato a quel modo appunto *perchè retribuito*, mentre invece bisognava fornire la dimostrazione di questo preteso nesso causale ed escludere che altri motivi all'infuori di quello abbiano ispirata la disposizione della legge. E badisi che su ciò correva obbligo doppiamente di soffermarsi, dacchè la stessa pregiudiziale, che cioè il sequestratario sia necessariamente un depositario salariato, trovasi contraddetta da valorosi proceduristi, come il Ricci (1), e da una sentenza del 15 giugno 1877 della Cassazione di Roma, la quale decise dovere il sequestratario esercitare gratuitamente il suo ufficio quando non sia stata espressamente convenuta una mercede per lui al momento della « *istallazione della custodia* » (2). Vi ha di più. Anche nel caso del custode degli oggetti pignorati, che lo stesso Simoncelli riconosce identico a quello del sequestratario giudiziale, l'Art. 603 del Codice di procedura civile dice che la cura da prestarsi è quella di un diligente padre di famiglia, eppure soggiunge che il custode « non ha diritto di conseguire salario se non sia stato « concordato fra le parti, o, in caso di contestazione, stabilito « dal pretore ». So benissimo che vi ha nella dottrina e nella giurisprudenza una corrente assai notevole a favore di un incondizionato diritto a salario pel custode di oggetti pignorati ad onta del citato esplicito disposto del Codice processuale (3).

---

(1) *Commento al Codice di procedura civile italiano*, Vol. III (6.ª edizione, Firenze, Cammelli 1890), n. 565, pag. 557-558.

(2) Cit. dal Ricci, *ibid.*

(3) Cfr. Mattirolo, *Trattato di Diritto giudiziario civile italiano*, Vol. V, (4.ª ediz., Torino, Bocca 1897) numeri 778 e segg., pag. 582 e segg., e gli autori e sentenze ivi citati pro e contra.

Ma ad ogni modo, per piantare sul solido la sua argomentazione, avrebbe dovuto anzitutto il SIMONCELLI discutere questi punti e dimostrare che, a suo avviso, nel sequestro giudiziario e nella custodia di oggetti pignorati si tratta *sempre* di un deposito retribuito.

Il vero si è che non dev'essere stato il motivo puramente eventuale della retribuzione quello che indusse a ragguagliare la responsabilità del sequestratario e del custode sul tipo del diligente padre di famiglia. O quanto meno non dev' essere stato il motivo prevalente, il quale deve riporsi piuttosto nella circostanza che trattasi qui di un deposito fatto non volontariamente, ma per ordine dell' autorità giudiziaria: dal che consegue altresì che il proprietario delle cose depositate, cioè il debitore che soffre l' esecuzione, non è egli che nomina il custode, il quale viene scelto dall' usciere (Art. 599 Cod. proc. civ.) e parimenti, se si tratta di sequestro giudiziario, la persona a carico della quale esso viene ordinato non ha libera facoltà di scegliere a sequestratario chi più le aggrada, ma deve o accordarsi in proposito col sequestrante, o rimettersi alla scelta fatta d' ufficio dall' autorità giudiziaria (Art. 1877 Cod. civ.). Diventava giusto pertanto, attesa la coazione del deposito e la non libera elezione della persona cui affidarlo, guarentire almeno sempre gli interessati sulla bontà della custodia, e ciò adottando la misura fissa e normale della diligenza del buon padre di famiglia, anzichè quella oscillante della *diligentia quam suis* (1). Se Tizio dà spontaneamente la sua cosa in deposito a Caio, individuo di una diligenza inferiore alla normale, si potrà dire *imputet sibi* i danni che viene a risentire per questa abituale trascuratezza del depositario. Ma se invece il deposito gli è imposto e gli è pure imposta la persona del depositario Caio, quel discorso non regge più e diventa opportuna l' adozione di un criterio costante e conforme all' ordine normale della diligenza dovuta in genere dai debitori nell'adempimento delle loro obbligazioni.

---

(1) Cfr. MANFREDINI, *Dell'esecuzione forzata* (Bologna, Zanichelli 1892), n. 113, pag. 361.

E qui potrei arrestarmi. Ma io voglio invece essere generoso e concedere all' egregio avversario tutto quanto egli senza dimostrazione asserisce. Ammettiamo dunque che e nel sequestro giudiziario e nella custodia di mobili pignorati si abbia sempre e necessariamente un deposito rimunerato, concediamo pure che in questa rimunerazione risieda il motivo unico per cui dal sequestratario o custode richiedesi la diligenza di un buon padre di famiglia. Non per questo è fondata la illazione che si vuol trarre dal caso di deposito salariato agli altri contemplati nell' Art. 1844. Invece quella che ne risulta avvalorata è la grave censura che merita il legislatore per avere nell' Art. 1844 n. 2 considerato come contratto di deposito anche il caso in cui per la custodia è stipulata una rimunerazione (v. s., n. 107, pag. 258).

Postochè sotto l' errata denominazione di deposito non troviamo in questo caso che una vera e propria locazion di opere, è naturale vi si debbano applicare, anche nei riguardi della diligenza incombente al debitore, le norme della locazione stessa, la quale è sottoposta in ciò alla regola generale dell'Art. 1224. E però quando la legge in tema di sequestro giudiziario domanda la diligenza di un buon padre di famiglia, noi non dovremo fare di ciò il punto di leva per la teoria della colpa in materia di deposito, ma riconosceremo, tutto all' opposto, che quivi il legislatore ha reso inconsciamente omaggio a quei sani principî circa la essenza dei negozî giuridici, dei quali può ben ripetersi, come della natura, « ... *expelles furca tamen usque recurret* ». In altre parole, nell'Art. 1876 noi dobbiamo ravvisare applicato giustamente il principio che quadra con la qualità di locazione d' opera, propria di questo pseudo-deposito, e ciò dovrà avvalorare la conclusione che il n. 2 dell'Art. 1844 debba considerarsi come non scritto e non già far assorgere da quel caso agli altri in cui veramente di deposito si tratta.

Oltre a tutto vuol vedere il SIMONCELLI in qual assurdo si cadrebbe con l' estendere, com' egli sostiene, al deposito in genere quanto vale pel sequestro giudiziario e quindi pel n. 2 dell'Art. 1844? Si cadrebbe nell' assurdo che dunque di sola colpa lieve e non mai di più si risponda anche nel n. 4 del-

l'articolo stesso, che pur fa l'ipotesi di una espressa e indubbiamente valida convenzione con la quale il depositario si è obbligato *per qualunque colpa*.

Confutati uno ad uno gli argomenti avversari, ci si permetta di aggiungere pochissime altre considerazioni dirette a dimostrare come sia preferibile *de iure condito* l'interpretazione da noi sostenuta. Data la legge com'è (e dirò poi come io preferirei invece che fosse), il meno male ancora è di applicarla come porta la chiara locuzione di essa, perchè è proprio la tesi che vedemmo difesa dal SIMONCELLI quella che alimenta, checchè egli pensi e dica in contrario, una casistica psicologica di assai difficile applicazione. Egli infatti è costretto (dato il suo punto di partenza che la diligenza *in concreto* sia sempre una mitigazione dell'ordinaria) a tenere di regola presenti entrambi i tipi contemporaneamente, l'astratto ed il concreto, quando si tratti di deposito. Dovrà tenere, io dico, presente il tipo concreto, guardare cioè come il depositario si comporta colle cose sue, per ubbidire all'Art. 1843, ma dovrà al tempo stesso tener presente la diligenza di un buon padre di famiglia per istarvi sempre di qualche cosa al disotto, correndo con ciò il pericolo di disubbidire all'articolo stesso, ove per avventura il depositario sia precisamente nella custodia delle cose sue un *diligens paterfamilias* (1).

Nè si dica d'altra parte ch'è giusta la regola di trattare più benignamente degli altri debitori il depositario, visto che egli rende un servizio d'amico senza alcun interesse suo proprio. Di ciò ha potuto tenere un certo calcolo il legislatore con lo stabilire che, s'egli è uomo al disotto della media in fatto di oculatezza, non si abbia a pretendere che superi in certo modo sè stesso quanto alla cura delle cose affidategli. Ma, postochè appunto il criterio adottato dal legislatore si fu quello della *diligentia quam suis*, sarebbe poco morale l'attribuire poi al legislatore stesso l'idea di sottintendere da

(1) Altrimenti egli renderebbe inapplicabile il successivo Art. 1844, non essendo per lui il caso di salire più in su della diligenza normale nelle ipotesi in quell'articolo figurate.

parte del depositario un discorso come questo rivolto al deponente: « io sono uomo di una diligenza normale negli affari miei, ma bada che le cose tue le ricevo con implicito permesso di trattarle con un grado minore di cura ».

Detto però tutto questo in difesa della più naturale interpretazione della legge vigente, non posso chiudere senza osservare ch'essa presenta pure i suoi inconvenienti; ond'è ad augurarsi che, in una revisione del Codice, questa parte venga riformata con una larghezza di vedute che ci allontani sempre più dalle indagini metafisiche e dal pericolo di ricadere nelle vecchie cabale, per accostarci un po' meglio alla realtà della vita. Le considerazioni esposte in fine della pagina precedente hanno certo il loro peso, ma d'altra parte questo dover ricercare nel caso speciale del contratto di deposito come il debitore suol comportarsi riguardo alle cose sue, abbandonando il criterio generico e astratto della condotta dell'uomo medio (buon padre di famiglia), porta seco la necessità di indiscrete e non sempre facili investigazioni. E la difficoltà pratica aumenta quando per di più vagamente si enuncia la massima che in taluni casi debba ciò applicarsi con maggior rigore.

Il principio generale della diligenza di un buon padre di famiglia, con l'annessa facoltà data al giudice di applicarlo nei varî casi divisati dalla legge più o meno largamente, dovrebbe bastare per il deposito come basta per tutti gli altri contratti, fra cui troviamo pure il mandato tanto e tanto affine al deposito (1). Gli esempi in questo senso non mancano. Ho già ricordato a suo luogo legislazioni le quali disciplinarono in genere la colpa contrattuale con pochi ed assai lati principî, siccome l'indole di tal materia comporta. Aggiungo ora che i primi redattori del *Progetto di Codice civile germanico*, si erano saggiamente astenuti dal dettare una norma speciale per la diligenza nel deposito, intendendo (e lo dichia-

---

(1) Cfr. Art. 1746, che è semplicemente uno dei casi contemplati nel generico disposto dell'Art. 1224 capov.

rarono espressamente nei *Motive* (1) ch' esso avesse a soggiacere ai principî comuni, stabiliti con la massima semplicità per tutti i contratti. Ond' è a lamentare, a mio avviso, che la Commissione incaricata della seconda lettura del Progetto, per esagerato spirito di conservazione, abbia ripristinati i vecchi principî, richiamando pel deposito il tipo speciale della *culpa in concreto* (2), ciò che fu pure ammesso nella definitiva redazione di quel Codice (3). Io credo infatti fermamente che si giovi e alla scienza e alla pratica del Diritto civile col togliere l' adito il più possibile a quelle sottigliezze casistiche, le quali trovano particolarmente in questa materia della colpa contrattuale un terreno per secolare preparazione fecondo e che finiscono col creare al giudice le maggiori pastoie proprio là ove dovrebbe più liberamente spaziare il suo prudente illuminato criterio.

108. C. Casi in cui la regola va applicata con maggiore o minor rigore. Vedemmo che, posta come regola la diligenza del b. p. f., l' Art. 1224 si chiude dicendo doversi *per altro* questa regola applicare con maggiore o minor rigore secondo le norme contenute per certi casi nel Codice. Ecco un' altra disposizione che fu sorgente di discussioni e di malintesi, non essendo mancato persino chi volle far rientrare per questa porta la vecchia tripartizione delle colpe, e d' altro canto chi nei casi ove il Codice parla di minor rigore vide fatta invocazione al tipo della *culpa in concreto* (4). Contro questi ultimi valgano le osservazioni fatte nel numero precedente trattando di deposito, contro i primi basta notare l' assurdità in cui si cade con l' ammettere che il legislatore abbia nel me-

---

(1) *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich*, Bd. II (Berlin, Guttentag 1888), pag. 571 e segg.

(2) § 630 « Ist die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der « Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen « Angelegenheiten anzuwenden pflegt. »

(3) § 690 uguale al § 630 del 2.° Progetto.

(4) Veggasi l' esposizione critica di queste ed altre teorie in Chironi, *Op. cit.*, n. 29 e segg., pag. 77 e segg. e in Giorgi, *Op., cit.*, Vol. II, n. 22 e segg., pag. 31 e segg. (4.ª ediz.).

desimo articolo creato e subito dopo distrutto il suo edificio in riguardo alla colpa. Non facciamo violenza al testo. La regola è che il debitore risponda di una condotta incompatibile con la diligenza propria di un b. p. f.: solo è dato in taluni casi al giudice di essere più o meno esigente nel valutare siffatta diligenza, e il legislatore ha disciplinati qua e là tali casi uniformandosi a sua volta alle esigenze normali della vita, che variano di necessità secondo la varia natura dei negozi giuridici. Il che punto non significa che dunque nei casi di maggior rigore si debba adottare senz'altro il criterio della cosidetta *culpa levissima*, nè che si scenda addirittura, nei casi di minor rigore, sino alla responsabilità per la sola colpa lata o grave. Limitarsi alla colpa grave che d'ordinario al dolo si parifica, non si potrà fuor di quei casi in cui ciò sia stato espressamente dichiarato dal legislatore (1). Tale sarebbe il caso dell'erede beneficiario, in virtú dell'Art. 970, così concepito: « L'erede con beneficio d'inventario non è obbligato che per le colpe gravi commesse nell'amministrazione di cui è incaricato », e ciò perchè infine egli è proprietario delle cose ereditarie, per quanto ne tenga l'amministrazione anche nell'interesse d'altri, cioè dei creditori dell'eredità e dei legatarî, i quali, per l'evitata confusione dei due patrimonî conseguente all'accettazione beneficiaria, non possono ottenere il soddisfacimento dei loro diritti altro che sui beni lasciati dal defunto, e non sui rimanenti beni dell'erede. Come proprietario di nulla e a nessuno dovrebbe rispondere, come amministratore (se ei non fosse che tale) dovrebbe rispondere di colpa lieve; ebbene, le due qualità combinandosi in lui, si è adottata altresì una combinazione, un temperamento quanto alla colpa, combinazione o temperamento rappresentato dalla colpa grave. Non aderisco dunque a chi nega alludere il citato Art. 970 alla vera e propria colpa lata, fra altro perchè vi si parla di *colpe gravi* al plurale, e ci ravvisa semplicemente uno dei tanti casi di mitigazione genericamente indicati dal capoverso

---

(1) Cfr. Chironi, *Op. cit.*, n. 107, pag. 259-261.

dell'Art. 1224, senza che il giudice abbia poi l'obbligo di arrestarsi alla *culpa lata* (1). L'argomento letterale predetto mi pare assai debole, e potentissimo invece, a sostegno della tesi che di vera colpa grave si tratti nell'Art. 970, il raffronto con l'Art. 2020, relativo agli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore, dichiarato responsabile dei danni recati all'immobile ipotecato, solo se derivanti da colpa grave. Anche qui perchè ci troviamo di fronte a persona che in fondo ha la proprietà di quella tal cosa: ora l'identità del motivo mi sembra debba condurre nei due casi a pure identiche risultanze.

A proposito del modo di intendere il capoverso dell'Art. 1224 e in generale ogni disposizione di legge che autorizzi ad applicare un qualsiasi tipo di diligenza *con maggiore o minor rigore*, non credo di poter trascurare ciò che nel citato lavoro intorno alla colpa in concreto ha scritto il Perozzi (2). Riferisco le sue parole: « Erra a mio avviso chiunque, e si può dire sono quanti scrissero in materia di colpa secondo il nostro codice, ritiene che col maggiore o minor rigore, il nostro codice venga ad esigere o una diligenza maggiore o una diligenza minore di quella posta come regola o peggio una diligenza diversa. Se così fosse, ciò significherebbe che il legislatore si divertì a scrivere due articoli (1224, 1843) per abrogarli subito parzialmente, rispettivamente coll'alinea del primo e coll'art. 1841 usando termini tali da essere un controsenso. Egli darebbe un ordine; poi direbbe: nell'applicare quest'ordine in certi casi permetto al giudice di non applicarlo, esigendo meno o più o altro di ciò che l'ordine da applicare impone!! Questo è assurdo. Un tale assurdo si elimina in un modo solo, ammettendo cioè che il legislatore abbia giustamente distinto tra la misura di diligenza da prestare e gli atti in cui la diligenza si manifesta. La diligenza non è un atto, nè una serie di atti, ma, dirò col Brinz (*Pand.* II, pag. 263), « una certa misura di energia corporale o spirituale in un'azione od ommissione. » Il codice imponendo una diligenza di un certo grado, non impone certo la semplice qualità spirituale, l'energia intima;

---

(1) Così p. es. il Coglioco in una recensione sulla *Colpa contrattuale* del Chironi, inserita in *Archivio giuridico*, XXXIII, pag. 647. Taccio poi dei molti che anche qui tirano in campo la *culpa in concreto*, alla quale come a mitigazione della colpa lieve, credono voglia riferirsi l'Art. 970 del Codice nostro, e il corrispondente Art. 804 del francese. Oltre all'arbitraria interpretazione che in ciò si contiene delle parole colpe gravi *(fautes graves)* riappare qui la misintelligenza del concetto di *culpa in concreto* a lungo oppugnata quanto al deposito. Cfr. pure Chironi, *Op. cit.*, n. 117, pag. 278-280.

(2) Perozzi, *loc. cit.*, pag. 477-478.

impone che la condotta manifesti codesta energia, e ora vuol che manifesti in codesto senso la diligenza di un b. p. f., ora la diligenza *quam in suis.* Il codice parlando di applicazione più o meno rigorosa della disposizione che impone questa misura, non ritira, non modifica la misura stessa. Il giudice non puó mai assolvere il convenuto in base all'Art. 1224 al. se non fu diligente come un b. p. f., nè può mai condannarlo, se non superò questa misura..... Ciò che il codice permette, parlando di un'applicazione più o meno rigorosa della disposizione che impone la misura astratta o concreta, è che, ferma restando sempre la misura richiesta, il giudice sia più o meno rigoroso nello stimare gli atti di diligenza compiuti dal debitore. A seconda dei rapporti in questione esso ammette che il giudice deva nell'un caso ritenere che la condotta manifesta la diligenza di un b. p. f. o rispettivamente la diligenza *quam in suis,* nell' altro trovare che la stessa condotta non manifesta l'una o l'altra. Nel far ciò esso parte, non a torto, dall'idea che a seconda dei rapporti una stessa condotta possa rivelare tensioni di spirito disuguali, e viceversa condotte diverse manifestare tensioni di spirito uguali; e invita per questo il giudice ad esigere ora più ora meno nella condotta, per pronunciare lo stesso giudizio, cioè che la diligenza richiesta esiste. A questo modo la disposizione sul « maggior rigore » o sul « minor rigore » diventa una disposizione armonica colla disposizione generale. Anzichè quella contraddica a questa, il legislatore con quella non fa che dare un ordine perchè questa sia più perfettamente applicata. » Fin qui l'esimio PEROZZI.

Comincio dall' osservare che non si intende bene la distinzione ch'egli vorrebbe istituire fra la misura di diligenza da prestare e gli atti in cui la diligenza si manifesta, dappoichè la diligenza, che è, gli consento, una qualità dello spirito, praticamente si valuta come la risultante ultima di un assieme di atti che la persona compie, o in altre parole gli atti stessi altro non sono che l'indice esteriore di un certo grado di diligenza. Laonde quando il legislatore dice: voglio la diligenza di un buon padre di famiglia, gli è proprio come se dicesse voglio quell'assieme di azioni (od omissioni) quale è caratteristico della condotta del b. p. f. E per ulteriore corollario, se il legislatore soggiunge: nel caso *a* per altro (badisi bene al *per altro*, che è testuale nel capov. dell'Art. 1224) la cosa si prenderà con maggior rigore, nel caso *b* con un rigor minore, significa che, pur essendo in presenza di atti rispondenti per sè stessi a quel tipo di diligenza, il giudice nel caso *a* avrà diritto e dovere di esigere qualche cosa di più e viceversa nel caso *b* dovrà restar pago anche se l'assieme di quegli atti stia più o meno al di sotto del tipo anzidetto. Se il precetto del capov. dell'Art. 1224 (e ripetasi lo stesso per l'Art. 1844 in relazione al precedente) stesse ad indicare semplicemente che negli atti del debitore più o meno si esiga secondo la varietà dei casi o dei rapporti giuridici per poter dire ch'essi rappresentano il tipo del diligente p. f., quel capoverso sarebbe una superfluità, perchè era già insita nel posto concetto di b. p. f. l'idea che si debba, nel configurarselo, regolarsi volta per volta in modo diverso

secondo le circostanze. Faccio mie a questo proposito (benchè dirette a sostenere altra tesi che non condivido) le seguenti parole dei signori Baudry-Lacantinerie e Barde: « Est-ce que l'idée que les juges se font d'un bon père de famille n'est pas essentiellement variable, relative, subordonnée à toutes les circonstances du fait? N'est-il pas évident qu'elle présente ces caractères dans tous les cas, c'est-à-dire quel que soit le contrat dont il s'agit, que l'on soit ou non dans une des exceptions annoncées à la fin de l'Art. 1137 [1224 del nostro Codice]? Le législateur aurait-il écrit une disposition pour attribuer aux juges une faculté qui leur appartient nécessairement? » (1) Inoltro non è chi non vegga quanto sarebbe stata infelice la redazione della legge se fosse quella l'idea che si voleva significare, perchè non si potrebbe dire allora che è la regola che si applica con maggior o minor rigore, ma bensì che si usa un maggior o minor rigore nella valutazione delle circostanze per decidere la questione, a dir così pregiudiziale, se cioè della regola stessa ricorrano o non ricorrano gli estremi.

Nè si dica, come fa il Perozzi, che l'interpretazione nostra metterebbe il legislatore in contraddizione con sè stesso, dacchè, appena dato un ordine sulla diligenza da esigere, avrebbe permesso al giudice di disapplicarlo in taluni casi. Intanto osservo che ciò non racchiuderebbe quell'enorme assurdo di cui il nostro egregio contradditore si scandolezza, poichè il capov. dell'Art. 1224 in fondo non farebbe che preannunziare che esistono dei casi, tassativamente indicati qua e là dal Codice, nei quali dalla regola si decampa, e non so vedere come si distrugga una regola col semplice fatto di richiamarne tassative eccezioni. Ma inoltre la contraddizione non esiste anche per questo, che il legislatore per i casi cui allude nel citato capoverso non istituisce, come ho dianzi io stesso dimostrato, nuovi tipi obbiettivi ben definiti di diligenza e di colpa da surrogare alla diligenza del b. p. f. ed alla colpa lieve, come fa p. es. in riguardo al deposito col criterio della diligenza e relativa colpa *in concreto*, bensì tien fermo il tipo dato, e solo dichiara che il giudice dovrà starvi al di sopra o al di sotto (entro limiti non definiti, ma totalmente rimessi al suo prudente arbitrio) in taluni casi speciali contemplati dal Codice. Se è lecito un confronto, io direi che l'obbiezione del Perozzi è tanto infondata, quanto lo sarebbe il sostenere che il legislatore penale venga a distruggere le norme ch'egli stesso ha poste per qualificare il dolo speciale ad una data figura di reato, per ciò solo che in taluni casi permetta al giudice od anche gli imponga l'uso delle attenuanti, o in altre circostanze ravvisi delle aggravanti del reato medesimo.

Esaminiamo ora in breve quali sono realmente i casi nei quali il nostro Codice ha prescritto al giudice di essere o più

---

1) Baudry-Lacantinerie e Barde, *Op. e Vol. cit.*, n. 352, pag. 327.

mite o più severo nell' applicazione della regola generale contenuta nel primo comma dell' Art. 1224.

109. Casi di maggior mitezza. Ligi alle idee esposte, non recheremo qui come esempi il caso dell'erede beneficiario dove non si tratta di colpa lieve più benignamente considerata, ma addirittura di un altro tipo di colpa, cioè di colpa lata (v. s., n. 108, pag. 278-279) e tanto meno quello del deposito (1). Va ricordato invece l' Art. 1143, relativo al quasi contratto della *negotiorum gestio*. Premesso che il gestore è tenuto ad usare nella sua amministrazione tutte le cure di un b. p. f., si soggiunge: « L' autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni che fossero derivati da colpa o negligenza dell' amministratore secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l' affare ». Di un' attenuazione di responsabilità pel *negotiorum gestor*, in vista ad esempio dei sentimenti di amicizia che lo indussero a curarsi degli affari altrui, fa parola pure la l. 3, § 9 D. de negot. gest. 3, 5 di Ulpiano, che arriva anzi sino a tenerlo responsabile solo di dolo, il che è conceder troppo: « Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si, affectione coactus ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem ». Sarebbe del pari ragionevole una moderazione di responsabilità a favor di chi si fosse indotto ad ingerirsi nelle cose d' altri per salvarle da imminente rovina, tanto più se ci aveva un interesse suo proprio, come se, assente il mio vicino, io provvedessi a puntellare la casa sua, poichè dal minacciante crollo di essa poteva soffrir danno anche la casa mia attigua.

---

(1) Entrambi questi casi sono invece ricordati fuor di proposito fra le « disposizioni eccezionali alle quali allude il capoverso dell' Art. 1224 » dal Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 29, pag. 40 (1.ª ediz.), il quale poi quanto all'Art. 1813 relativo al deposito è costretto a soggiungere che questa da lui qualificata benigna disposizione « si ritorce in danno del depositario, quando la diligenza, che abitualmente usa nelle cose proprie, sia superiore a quella del buon padre di famiglia. »

Altro esempio ce l'offre il mandato. Il primo comma dell'Art. 1746 richiama puramente e semplicemente la regola col dire: « Il mandatario è responsabile non solamente pel dolo, ma anche per la colpa commessa nell'esecuzione del mandato ». Il capoverso contiene la mitigazione, e precisamente pel caso che il mandatario presti l'opera sua senza compenso. Vi si legge: « Tale responsabilità riguardo alla colpa è applicata, quando il mandato è gratuito, meno rigorosamente che nel caso contrario ». Merita che si rilevi di passaggio la differenza statuita nei riguardi della prestazione della colpa fra mandato e gestione, benchè si dica che la gestione è un quasi contratto foggiato sul contratto di mandato e l'Art. 1141 nelle parole finali accenni ad identificarli nelle obbligazioni che ne derivano pel gestore da un lato, pel mandatario dall'altro. Il gestore, benchè agisca gratuitamente, presta la colpa lieve in astratto salvo ci siano quelle particolari circostanze che dianzi accennavamo: il mandatario, se non retribuito, dev'essere trattato per ciò solo più mitemente. Ciò perchè il gestore si fa avanti da sè, non chiamato, a curare le cose d'altri, mentre il mandatario ne riceve per contratto l'incarico dall'interessato (1).

110. Casi di maggior rigore. Qui la cosa procede meno piana, dovendo noi dipartirci dall'opinione di autori pur valentissimi, che pongono in questo novero dei casi nei quali invece noi non ammettiamo ricorra una più grave, ma bensì una normale applicazione della regola, e in tale errore cadono o per misintelligenza della regola stessa, o per inesatta applicazione delle norme relative alla distribuzione delle prove in giudizio ove trattisi di inadempimento colposo in materia di obbligazioni.

C'è, per esempio chi, come il Giorgi (2), trova che le obbligazioni commerciali tutte, contrapposte alle civili, costitui-

---

(1) V. sull'argomento Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui* (Firenze, Niccolai 1890), Vol. II, n.i 395 e segg., pag. 152 e segg.

(2) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 30, pag. 42 (4.a ediz.).

scono una categoria in cui la diligenza del b. p. f. si aggrava, ricorda le parole del DOMENGET: « Le négociant est supposé plus diligent que l'homme privé » (1), e richiama, a comprovarlo, l'obbligo speciale del commerciante di tenere dei libri regolari, lo speciale rigore della procedura di fallimento cui soggiace, e simili. Ma qui non si ha, a ben guardare, aggravamento del criterio normale, bensì retta applicazione di esso e non ho che a riportarmi per ciò a quanto dissi nel fornire il concetto del b. p. f. e nell'escludere che costituisca aggravamento di quel concetto la speciale diligenza eventualmente richiesta dalla professione od arte che il p. f. esercita (v. s., n. 106, pag. 256-257). Postochè la diligenza di un b. p. f. è sinonimo di diligenza media, normale, per configurarsela sarà poi necessario considerare volta a volta l'ambiente entro cui l'individuo si muove, il tipo cioè dell'individuo fornito della diligenza normale in quelle date circostanze di fatto; onde nel mondo commerciale il buon padre di famiglia diventa il buon commerciante (2).

In altri casi ci sono autori che ravvisano un aggravamento perchè interviene l'elemento della *custodia*. Esiste l'obbligo della *praestatio diligentiae*, ma il semplice fatto della custodia, che cioè il rapporto obbligatorio implica che ci sia una cosa corporale da conservare, fa sì che le esigenze si aggravino e appunto in base a ciò si parla di *custodia* e di *praestare custodiam* come di un grado a sè di diligenza superiore a quella del b. p. f. In quest'ordine di idee sta fra noi il CHIRONI (3). Ma io non credo si possa per ciò solo che in taluni casi si vuole applicata con maggior rigore la norma solita della diligenza di un b. p. f., creare accanto a questo tipo designato dal legislatore altri tipi con denominazioni tecniche proprie e fare della cosidetta custodia in senso tecnico, concetto già molto disputato fra' romanisti, che pure avrebbero per esso

---

(1) DOMENGET, *Du mandat, de la commission etc.*, 769, cit. dal GIORGI, *loc. cit.*

(2) Cfr. COGLIOLO, *Op. cit.*, Vol. I, n. 287, pag. 405, n. 297, pag. 423, nota 494 e Vol. II, n. 395, pag. 153 testo e nota 858.

(3) CHIRONI, *Op. cit.*, n. 24, pag. 65-72, n. 57 e segg., pag. 148 e segg.

l'appoggio di molti testi delle fonti, una nuova pietra di paragone per casi che la nostra legge, con espressione generica, dichiara doversi trattare più severamente (1). Se il rapporto giuridico è tale da importare la conservazione di cosa corporale altrui, sarà nell'adempimento di questo, come di qualunque altro obbligo, da adoprarsi la diligenza di un b. p. f., la quale non perchè si applica al custodire diventa qualche cosa a sè, qualche cosa di particolarmente grave. Strano intanto che nel contratto di custodia per eccellenza, se così può dirsi, cioè nel deposito, non siasi adottato questo preteso speciale metro di diligenza, ma quello ben diverso della diligenza in concreto. Ma anche a prescindere da ciò, quando prendiamo ad analizzare i casi che sotto questo tipo della *custodia* ci vengono presentati come aggravamento della diligenza normale, troviamo, a ben guardare, che o questo aggravamento non ci è affatto, o che dipende da considerazioni diverse e non dal semplice fatto dell'intervenire nel rapporto giuridico di cui si tratta il fatto di custodire cose altrui.

Così p. es. troviamo invocate a questo proposito certe disposizioni relative al *comodato*. A tenore degli Art. 1809, 1810, il comodatario è responsabile se la cosa comodata perisce per un caso fortuito al quale egli avrebbe potuto sottrarla col surrogarne una propria, oppure se la perdita sia avvenuta perchè, non potendo egli salvare che una delle due cose, ha preferito salvare la propria, o finalmente se impieghi la cosa in uso diverso (o per un tempo più lungo) di quel che dovrebbe, ed essa perisca per caso fortuito, salvochè provi in quest'ultimo caso che già sarebbe perita ugualmente.

Orbene, conchiudeva il Chironi nella prima edizione della più volte ricordata sua opera, « in questi tre casi ogni perdita o deterioramento avvenuto è imputabile al comodatario, e la diligenza da lui richiesta, se è superiore a quella ordinariamente impiegata da un b. p. f., lo è in forza della custodia

---

(1) Cfr. la mia recensione sull'opera del Chironi in *Rivista critica delle sc. giurid. e sociali*, III (pag. 231-236), pag. 233 e Simoncelli, *Op. cit.*, n.i 11 e segg., pag. 15 e segg.

che deve avere sulla cosa » (1). Nella seconda edizione il Chironi si è ricreduto per uno di quei tre casi, cioè riconosce anch' egli che la custodia non c' entra per nulla se nel predetto modo è aggravata la responsabilità dal comodatario che abbia fatto della cosa un uso diverso del pattuito. E infatti allora è troppo manifesto che non si ha che l'applicazione pura e semplice di un principio già da noi illustrato parlando del caso fortuito, che cioè si fa eccezione alla massima *casum sentit creditor* quando il debitore versava già in colpa o in dolo nella esecuzion del contratto allora quando l' infortunio colpì la cosa (v. s., n. 95, pag. 232): non è per l' elemento custodia proprio del contratto, ma bensì perchè egli è uscito dai limiti del contratto che la responsabilità del comodatario si aggrava (2). A siffatte considerazioni il Chironi, come ho detto, si è dovuto arrendere nella seconda edizione (3), ma invece insiste nel suo primitivo assunto quanto agli altri due casi (4). Nemmeno essi però rappresentano, chi ben guardi, un aggravamento della misura ordinaria. Il creditore, che è il comodante, non entra per nulla negli interessi speciali del comodatario che lo indussero a salvare di preferenza la cosa sua propria: egli trova inadempiuta l' obbligazione, mentre sta in ipotesi che il debitore la avrebbe potuto benissimo adempiere senza un grado squisitissimo di diligenza, sol che avesse sacrificato, come doveva, la cosa propria a quella che altri gli avea data a prestito, e tanto basta perchè lo si debba tener responsabile secondo le norme comuni (5). Avvalora la nostra opinione, che qui non si riscontri nessun aggravio della diligenza normalmente voluta, il vedere che questa e non più si trova richiesta dall' Art. 1808 (1880 del *Codice francese*), così concepito: « Il comodatario è tenuto a vegliare da b. p. f. alla custodia e conservazione della cosa prestata ». Altri giungono alla stessa

---

(1) Chironi, *Op. cit.*, n. 58, pag. 55 della 1.a edizione.
(2) Cfr. Simoncelli, *Op. cit.*, n. 14, pag. 16 e n. 50, pag. 61.
(3) Chironi, *Op. cit.*, n. 58, pag. 146.
(4) *Ibid.*, pag. 146-148.
(5) Cfr. Simoncelli, *Op. cit.*, n. 14, pag. 17-18.

nostra conclusione con altro ragionamento: osservano cioè che qui la legge non ha per oggetto il decidere una questione di grado di colpa, bensì lo stabilire un'obbligazione speciale pel comodatario, quella cioè di sacrificare, se occorre, la cosa propria per salvare quella avuta a prestito, attesa la riconoscenza che deve al comodante, obbligazione la cui inosservanza lo rende responsabile del caso fortuito (1). La dottrina del Diritto intermedio, famosa in fatto di distinzioni sottili e casistiche, aveva riguardo al maggior o minor pregio della cosa propria in confronto a quella ricevuta a comodato (2). Nessuna distinzione simile potrebbe accogliersi da noi (3). Fosse pure infinitamente più preziosa la cosa propria posta in salvo dal comodatario con sacrificio della cosa comodata, l' Art. 1810, che non distingue, andrà senz'altro applicato. E torno a dire che è giusto sia così, che non vi ha in ciò nulla di eccezionale. Quando infatti si giudica della diligenza del b. p. f. se ne giudica sempre *in subiecta materia*, in ordine cioè a quella tale obbligazione contratta dal debitore ed astraendo da altri

---

(1) Così, per tacer d'altri, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, Vol. IV, § 308, nota 30, pag. 102, LAURENT, *Principes*, XVI, n. 227, pag. 290, HUC, *Op. cit.*, T. VII, n. 94, pag. 142, BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. e Vol. cit.*, n. 353, pag. 327-328. Invece, pur non connettendo la cosa al concetto di custodia, ravvisano nei casi in discorso una disposizione rigorosa esorbitante dal Diritto comune, al pari del CHIRONI, il COLMET DE SANTERRE, *Op. cit.*, T. V, n. 54 *bis*, pag. 72 e il GUILLOUARD, cit. *Tr. du prêt*, n. 38, pag. 51-53.

(2) Cfr. STRYKIO, *Opera*, Vol. XII (Francofurti et Lipsiae, Wohler 1850), *Disputatio XVI de immunitate domini a periculo* (respondente Jul. Phil. Mackensen) cap. II, n. 14-18, pag. 297. Ma lo STRYKIO, dopo aver riconosciuto che tale era la *communis opinio*, non la approva dal canto suo e vorrebbe responsabile il comodatario anche se la cosa sua era di maggior pregio. Dice infatti della comune opinione: « Quae sententia utut non iniqua sit, pro vera tamen et indubitata vix venditari poterit, nam et Domini favor non exiguus est, cui ita praeter usum gratuitum ipsa quoque re carendum esset. » V. pure contro la predetta distinzione JOH. VOET, *Comment. ad Pandectas*, Lib. 13, Tit. 6, n. 4 (Venetiis, Naratovich 1847, pag. 599).

(3) Cfr., fra altri, GUILLOUARD, cit. *Tr. du prêt*, n. 39, pag. 53-54, MIRABELLI, *Del comodato* nel cit. Vol. VI, Parte XII del *Commento* del FIORE, n. 12, pag. 28. **Contra** LAURENT, *Principes*, XXVI, n. 474, pag. 482 - 484 e autori ivi citati.

rapporti o cose sue. Altrimenti gli dovrebbe pur servire di scusa dell'inadempimento di una qualsiasi altra obbligazione il dimostrare ch'egli avrebbe dovuto, per eseguirla puntualmente, trascurare con gravissimo danno proprio altri suoi interessi, il che niuno si è mai sognato di sostenere, perchè causa giustificatrice dell'inadempimento, lo sappiamo, è solo l'impossibilità assoluta e non mai l'impossibilità relativa di soddisfare il debito, e tanto meno il grave disagio che il soddisfarlo apporterebbe al debitore (v. s., n. 83, pag. 207).

Altro caso male invocato dal CHIRONI a sostegno delle sue idee è quello della responsabilità incombente al conduttore nella locazione di cose. Si ferma egli specialmente all'ipotesi di *incendio della cosa locata*. Già l'Art. 1588 in termini generali dispone: « Il conduttore è obbligato pe' deterioramenti e per le perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che sieno avvenute senza sua colpa » ma il successivo poi, applicando questo principio al caso di incendio, specializza e dichiara: « Egli è obbligato per l'incendio quando non provi: che è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore o per difetto di costruzione, o nonostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia; o che il fuoco si è comunicato da una casa o da un fondo vicino ». Ecco l'aggravio di responsabilità, ci dice il CHIRONI. Mentre il caso libera il debitore, invece qui al conduttore non basta allegare l'incendio quale fortuito che gli impedisce di restituire la cosa come l'ebbe, ma incombe per di più a lui di provare che l'incendio avvenne non per difetto di diligenza sua (1). E questo per effetto della *custodia*. Ma è evidente, a mio avviso, l'equivoco in cui si cade a questo modo, considerando come aggravante di responsabilità una disposizione relativa soltanto all'onere della prova (2). Dimostreremo poi, nel paragrafo ove

---

(1) CHIRONI, *Op. cit.*, n.i 59 e segg., pag. 148 e segg.

(2) È pur costretto lo stesso CHIRONI a dichiarare che « l'aggravamento della diligenza non è nel grado », n. 61, pag. 152, e tanto basta per me a sostenere che non si possa dell'incendio della cosa locata parlare come di uno di quei casi di maggior rigore cui allude il capoverso di un articolo, quale il 1224, tutto consacrato alla graduazione della colpa.

si dirà della prova della colpa, come anche sotto questo rispetto la norma statuita per l'incendio della cosa locata nulla presenti di eccezionale.

110 *bis.* Fin qui abbiamo passati in rassegna dei casi (attinenti al comodato ed alla locazione di cose) nei quali impropriamente si ravvisa da taluno aggravamento nella prestazione della colpa per effetto della custodia. Ora ne accenniamo altri in cui realmente aggravio di responsabilità si riscontra, ma dove è improprio l'attribuirlo alla sola presenza dell'elemento custodia, mentre altre ragioni lo determinano. Alludo alle norme speciali dettate dal Codice a carico degli osti ed albergatori per gli effetti portati entro i loro alberghi dal viandante che vi alloggia, caso che già vedemmo qualificato dal Codice come deposito necessario (Art. 1866) e a carico dei cosidetti vetturini sì per terra come per acqua che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose, di che si occupa il Codice nel Capo che tratta della locazione delle opere. Se vengono rubati o danneggiati gli effetti del viandante nell'albergo ov'egli alloggia, l'albergatore ne risponde, non solo se ciò fu opera dei domestici o dei preposti alla direzione dell'albergo, ma persino se di estranei che lo frequentano (Art. 1867): la sua responsabilità non cessa che di fronte a furti commessi a mano armata o altrimenti con forza maggiore o per negligenza grave dello stesso viandante derubato, il quale allora deve imputare a sè stesso il danno che soffre (Art. 1868) (1). Riguardo ai vetturini o per terra o per acqua abbiamo nel Codice civile l'Art. 1629, che li dichiara sottoposti agli stessi obblighi degli albergatori quanto alla custodia e conservazione delle cose loro affidate, e l'Art. 1631, che li dichiara obbligati per la perdita e per i guasti o avarie delle cose predette, se non provano che ciò provenne da caso fortuito o forza maggiore. Questo argomento del trasporto e

(1) Sul tema, oltre agli autori sin qui ricordati, si consulterà utilmente la illustrazione delle voci *Albergatori, Albergo*, inserita nell'*Enciclopedia giurid. italiana*, Vol. I, Parte II, pag. 1012-1068 (Milano, Vallardi 1882) e dovuta al GIANTURCO.

della relativa responsabilità del vettore (espressione che sta ad indicare sia chi eseguisce direttamente il trasporto, sia l'imprenditore di trasporti che si vale poi dell'opera altrui) trovasi particolarmente svolto nel Codice di commercio (Art. 388-416), al quale bisogna poi connettere per i trasporti ferroviari le norme contenute nelle vigenti Convenzioni ferroviarie del 1885 (Legge 27 Aprile 1885, n. 3048, serie 3ª).

Ma in che cosa precisamente consiste l'aumento di responsabilità a carico degli albergatori e degli osti, e dicasi così dei vetturini, ad essi equiparati dal citato Art. 1629? In questo anzitutto, che il legislatore non si accontenta che prestino la diligenza del b. p. f., interpretata, sia pure, secondo le esigenze della professione; nel che ravviso subito una differenza, per dirne una, in confronto al conduttore di case, il quale si esonera da responsabilità per deterioramenti se li provi avvenuti senza sua colpa e per l'incendio se lo provi scoppiato nonostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia (Art. 1588, 1589). Invece per esonerarsi l'albergatore e il vettore devono provare il caso fortuito o di forza maggiore che ha colpito gli effetti introdotti nell'albergo od affidati pel trasporto. Trattandosi poi di furto di quegli effetti, vi hanno due altri aggravanti, cioè 1) si tiene responsabile l'albergatore non solo dei furti commessi dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, ma anche dei furti commessi da estranei che li frequentano (e analogamente diremo, nel caso di trasporti, anche se commessi da altri viaggiatori che facevano uso dello stesso mezzo di trasporto). Finchè si tratta di preposti o dipendenti stiamo entro la regola, perchè essi non sono persone estranee al debitore (v. s., n. 84, pag. 211 e n. 86, pag. 212), ma certo non si può dire altrettanto delle persone che frequentano l'albergo (o dei viaggiatori assunti con quel mezzo di trasporto) relativamente ai quali normalmente non c'è per l'albergatore (o vettore) possibilità di scelta. Onde ha torto il Mosca quando, prendendo in blocco tutte le persone di cui parla l'Art. 1867 e tutte considerandole non estranee all'albergatore, si rifiuta ad ammettere che quell'articolo presenti qualche cosa di eccezionale e lo dice semplice applicazione del principio generale

contenuto nell'Art. 1225 (1). — 2) il furto, tuttochè perpetrato da persone che nemmeno frequentano l'albergo, deve essere stato commesso *a mano armata* perchè possa considerarsi forza maggiore (2).

Orbene, accertato in che l'aggravamento di responsabilità consista, diremo che questi rigori particolari non sono indotti dal semplice fatto che qui interviene la custodia, ma bensì dall'indole speciale dell'industria esercitata. Molte volte si tratta di un monopolio di fatto, se non di diritto, per cui il pubblico è costretto a servirsi dell'opera di chi esercita quella industria d'albergatore o di vettore, nè c'è da scegliere: o se anche c'è possibilità di scelta, perchè più siano gli esercenti, si osserva che il viaggiatore, in paese straniero, ignaro delle persone e dei luoghi, non ha tempo nè modo di assumere informazioni, deve affidarsi a chi trova esercitare pubblicamente quell'industria, ed è quindi naturale che la legge lo guarentisca sottoponendo a più rigorosa responsabilità gli esercenti delle dette industrie (3). Possiamo tuttora ripetere ciò che lasciò scritto ULPIANO a proposito dell'editto sul *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, nella l. 1 § 1 D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant 4, 9: « Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere ».

III. Fin qui dei casi cui allude il capov. dell'Art. 1224, nei quali cioè è la legge stessa che applica con maggiore o minor severità la regola circa la prestazione della colpa nelle obbligazioni. Ora si domanda se questa attenuazione o questo aggravamento possano essere opera della volontà delle parti.

Circa l'aggravamento nessun dubbio. Se possono gli interessati giungere fino a pattuire la sopportazione del caso fortuito per quella parte a cui non incomberebbe per legge (v. s., n. 94, pag. 229), a fortiori potranno stabilire che nell'adempimento dell'obbligazione si debba usare un grado di

---

(1) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 105.
(2) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 115.
(3) SIMONCELLI, *Op. cit.* n. 36, pag. 44.

diligenza maggiore di quello stabilito dalla legge all'Art. 1224. La libertà contrattuale lo esige, dovendo intendersi, nel silenzio della legge, consentito ogni patto che non urti contro leggi risguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume (Art. 12 Tit. prel. del Codice).

Per lo stesso motivo in massima si ritiene valida la convenzione delle parti che attenui la responsabilità per colpa, solo ammettendo come limite che non si possa giungere sino ad esonerare previamente il debitore dalle conseguenze della colpa grave, che fu sempre equiparata al dolo (beninteso agli effetti civili e non agli effetti eventualmente penali); equiparazione che risulta, per tacer d'altro, dalla l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44, 7 di Gaio, dalla l. 1, § 2 D. si is qui testam. liber esse iussus erit etc. 47, 4 di Ulpiano e dalla l. 226 D. de verb. signif. 50, 16 di Paolo. Quelle considerazioni di moralità pertanto che vedemmo ostare al patto *ne dolus praestetur* (v. s., n. 100, pag. 239-240), quello stesso omaggio al principio che la buona fede deve regnare nella esecuzione dei contratti (Art. 1124) e noi diremo più in generale delle obbligazioni tutte, si oppongono ad ammettere che preventivamente si possa stabilire la facoltà pel debitore di omettere impunemente persino quel grado minimo di diligenza, il cui difetto costituisce appunto la colpa lata o grave. Il *Codice federale svizzero delle obbligazioni* è esplicito in questo senso, dichiarando esso all'Art. 114: « È nullo il patto avente per scopo di liberare preventivamente dalla responsabilità dipendente da dolo o da colpa grave ». Che anzi al capoverso il detto articolo si spinge più oltre per certi casi speciali. Vi si legge infatti: « Anche la preventiva rinuncia alla responsabilità dipendente da colpa leggera può essere considerata nulla dal prudente criterio del giudice, qualora la parte che rinuncia si trovi al servizio dell'altra o la responsabilità consegua dall'esercizio di un'industria sottoposta a pubblica concessione » (1). Circa l'applicabilità di que-

---

(1) Il Chironi, che nella prima edizione della *Colpa contrattuale* avea seguita la comune opinione sulla invalidità del patto che esonera il debitore dal rispondere di colpa grave (n. 292, pag. 314), ha mutato avviso

sti principî alla speciale responsabilità incombente agli osti, albergatori e vettori, rinvio ai trattati speciali sull'argomento. Qui rammento soltanto l'Art. 416 del Codice di commercio, con cui si chiude il Titolo che tratta del trasporto. In vista di quel monopolio di fatto che esercitano le Compagnie ferroviarie, a cui non c'è possibilità di far concorrenza, e della cui opera è pur necessario servirsi se non si vuole isolarsi dal mondo e dalla corrente degli affari, stabilisce quell'articolo che siano nulle e di nessun effetto, anche se permesse da regolamenti generali o particolari le stipulazioni che limitino o escludano nei trasporti per strada ferrata le obbligazioni e le responsabilità stabilite in varî articoli del Codice commerciale, facendo solo eccezione pel caso che alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie, offerta con tariffe speciali. Non ispetta al presente corso l'illustrare questo articolo, non il porlo a raffronto con la Legge del 1885 sulle Convenzioni ferroviarie, le quali sembra ne abbiano svisato il senso qualificando speciali le tariffe differenziali. A me basta invocarlo soltanto come solenne conferma della massima generale, che tenga il patto *ne culpa praestetur* salvo che si scenda fino all'esonero dalla colpa lata. Se questo patto fosse, come pur taluno pretende, incompatibile con la pubblica moralità, inquanto cresimasse la noncuranza e la leggerezza dei contraenti (1), non si saprebbe comprendere come il legislatore medesimo lo avesse ammesso nel caso contemplato dall'Art. 416

---

nella seconda edizione (n. 296, pag. 665-668), influenzato dalle ragioni addotte nei Motivi del *Codice civile germanico*, che vieta solo il patto *ne dolus praestetur*, ragioni che si risolvono nel rispetto dovuto all'autonomia delle parti. Cfr. Haidlen, cit. *Bürgerl. Gesetzbuch*, I, sul § 276, pag. 339. Solo in caso di dubbio, data una generica elisione di responsabilità per colpa, il Chironi ne eccepisce la colpa lata; *ibid.*

(1) Come sostiene, p. es. il Caluci, *Del contratto di trasporto*, nel Vol. IV del Commento al Codice di commercio di Verona (Verona-Padova, Drucker e Tedeschi 1883), n. 257, pag. 333 (Cfr. pure gli autori ivi citati pro' e contra la validità della clausola in generale). Sarebbe l'eccesso opposto di quello avvertito nella nota precedente.

del Codice di commercio (alla sola condizione dell' offerta di tariffe speciali a prezzi di trasporto ridotti (1)).

Dobbiamo finalmente notare che il patto *ne culpa praestetur* non terrebbe affatto, cioè nemmeno se non giungesse sino all'esonero da colpa grave, nei casi in cui urterebbe contro ragioni di ordine pubblico, per esempio nei trasporti di persone, essendo l' incolumità personale cosa da guarentirsi rigidamente, senza consentire che possano le parti interessate in qualsiasi misura permettere che si menomino le cure ad essa dirette (2).

L'ammissibilità, da noi in massima sostenuta, del previo patto *ne culpa praestetur* segna, quasi da tutti si ammette, una differenza fra la colpa contrattuale e la colpa aquiliana, in relazione alla quale non si terrebbe valido un simile patto, perchè sarebbe contrario alla suprema norma di Diritto del *neminem ledere*, e per la promessa impunità si tradurrebbe in un incentivo a recare ingiuria altrui (3).

Ad onta poi della riserva fatta al n. 103 (pag. 243), non posso chiudere il presente paragrafo consacrato all' entità e alla graduazione della colpa contrattuale senza accennare che l' opinione dominante non distingue invece gradi nella colpa extracontrattuale, dove, sia pur tenuissima la colpa, sempre si vuole che il danneggiante risponda, invocando il noto passo « in lege Aquilia et levissima culpa venit » (v. s. pag. 248, nota 4) e la generalità dei termini dell' Art. 1151. Ma già stanno anche presso di noi alcuni molto serî oppositori di cosifatta idea (4). Non è il momento di pronunciare un giu-

---

(1) Nè persuade poi quanto scrive il CALUCI sotto l'Art. 416, senza badare che questo articolo permette la esclusione o limitazione, per effetto delle tariffe speciali, non di *obbligazioni* solo, ma altresì di *responsabilità* incombenti a Compagnie ferroviarie.

(2) Cfr. FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 207-208.

(3) Cfr. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, Vol. II (Torino, Bocca 1887), n. 150, pag. 416-418. Contra FERRINI, cit. *Azione di danni* (in *Encicl. giur. it.*), n. 88, pag. 71-72.

(4) FERRINI, *loc. cit.*, n. 96 e segg., pag. 75 e segg., COGLIOLO in *Annuario critico della giurisprudenza pratica*, Vol. I (1889), pag. 78-84, MOSCA, *Op. cit.*, pag. 37 e segg. — Sarebbe questo un indirizzo diametralmente

dizio in proposito; chè la questione verrà largamente svolta nel trattare dei delitti e dei quasi delitti.

§ 3.

Subbietti, effetto, prova della colpa contrattuale. Colpa del creditore nell' inadempimento dell' obbligazione.

SOMMARIO

112. È ben più lata la sfera delle persone che possono incorrere nella colpa aquiliana che non di quelle che possono incorrere nella contrattuale. Limitiamoci, per non entrare in questioni che avranno opportuno sviluppo altrove, al raffronto fra colpa aquiliana per delitti o quasi delitti e colpa nell'adempimento di contratti (Quanto ai quasi contratti infatti, la capacità di obbligarvisi (e rispondere quindi per essi di colpa) per parte di chi sarebbe incapace a contrattare è controversa, come si vedrà a suo luogo (1)). Ci

---

opposto a quello di chi vorrebbe nei rapporti extracontrattuali (almeno *de lege ferenda*), la responsabilità anche senza colpa di sorta. V. su ciò Coviello, *La responsabilità senza colpa* in *Riv. it. per le sc. giur.*, XXIII, pag. 188-216. Anche questo indirizzo verrà a suo luogo esaminato e sottoposto alla critica.

(1) Fin d'ora ricordo sull'argomento Guénée, *De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats* in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XVI (1887), pag. 326-344 e Ferrini in *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, Vol. 7.°, fasc. 1, e *La negotiorum gestio a favore di un incapace*, in *Monitore dei Tribunali*, XXXV (1894), pag. 341-343.

sono persone che non possono validamente obbligarsi per contratto e tuttavia possono incorrere in colpa aquiliana commettendo delitti o quasi delitti. Tali p. es. i minori, dichiarati incapaci di contrattare dall' Art. 1106, mentre invece l' Art. 1306 li pareggia ai maggiori di età per le obbligazioni nascenti da delitto o da quasi delitto. Sorta poi pel delitto o quasi delitto l'obbligazione del risarcimento a carico del loro patrimonio, torna ad essere inconcepibile ch'essi incorrano in colpa (che sappiamo essere anche qui contrattuale v. s., n. 103, pag. 246) nell' adempimento dell'obbligazione stessa, al quale dovrà pensare chi rappresenta per legge il minorenne e ne gerisce gli interessi (genitore o tutore). Anche per le donne maritate sta che possono incorrere senza limiti in obbligazione con atti illeciti (colpa aquiliana), mentre invece non possono da sè stipulare certi contratti (Art. 134) (1).

113. Effetto della colpa è l' obbligazione di risarcire i danni, e questo generale intuitivo principio è comune alla colpa contrattuale ed all' aquiliana, dato il nesso causale fra colpa e danni. Ma, secondo l'opinione di molti e forse de'più, dove la differenza risorge è circa l' estensione del nesso medesimo o in altre parole circa l'estensione dei danni da risarcirsi. Perchè mentre trattandosi di colpa contrattuale, per esplicito disposto dell' Art. 1228, il debitore non è tenuto a risarcire altro che i danni immediati preveduti o che si potevano prevedere al tempo del contratto, molto si dubita sull' applicabilità di tal principio alla colpa aquiliana ed anzi pare, ripeto, prevalente la soluzione negativa (2). Quale spiegazione poi si soglia dare dell' Art. 1228 in quanto lo si ritiene applicabile alla sola colpa contrattuale, e che valore abbia, è cosa che si vedrà parlando della teoria dei danni ed interessi

114. Quando si tratta di colpa contrattuale, esiste già, lo sappiamo, un vincolo obbligatorio, in virtù del quale il de-

---

(1) Cfr. Chironi, *Op. cit.*, n. 138, pag. 320.

(2) Cfr. Mosca, *Op. cit.*, pag. 7-8 e pag. 25-28. Ma il Mosca è fra quelli che sostengono l' applicabilità degli Art. 1228, 1229 anche alla colpa aquiliana.

bitore si è assunto certi impegni da eseguire con quel grado di diligenza che vuole la legge, e che, nel caso di obbligazione derivante da contratto, egli implicitamente accettò non inserendo nel contratto stesso alcun patto *ne culpa praestetur*. Orbene, stando così le cose, non c'è che da applicare l'Art. 1312, già altra volta citato, per concludere che non è già il creditore che debba provare la colpa del debitore inadempiente, ma il debitore che deve, se vuole sfuggire agli effetti della colpa, dimostrare che l'inadempimento non è colposo, ma proviene da eventi a lui non imputabili. Tocca infatti, per quell'articolo, a chi sostiene di essere stato liberato da un'obbligazione il provare il pagamento od altro fatto che la estinse. In altre parole, fino a prova in contrario, il creditore giustamente supporrà che il debitore, usando la diligenza che gli incombeva, avrebbe potuto adempiere l'obbligazione e lo terrà responsabile. Quando invece si tratta di colpa aquiliana, è lo stesso Art. 1312 che porta al risultato inverso. Obbligazione non preesisteva, è anzi la colpa che l'ha fatta nascere: ora poichè giusta le prime parole di quell'articolo, chi domanda l'adempimento di una obbligazione deve provarla, è il danneggiato, che si fa avanti qual creditore per ottenere il risarcimento, che dovrà dimostrare la colpa del danneggiante onde originò l'obbligo della rifusione dei danni. Nè si dica che, esigendo che il debitore dimostri la sua irresponsabilità per escludere la colpa contrattuale, anzichè il creditore la colpa di lui nell'inadempimento dell'obbligazione, veniamo senza ragione ad usare due pesi e due misure in confronto al caso del dolo, dove abbiamo visto che tocca al creditore, se lo sostiene, il provarlo (v. s., n. 99, pag. 238). È infatti regola comune di Diritto che la mala fede, la deliberata volontà di nuocere non si presuma: quisque praesumitur bonus donec probetur malus, e lo attesta l'Art. 702 in tema di possesso col dire: « La buona fede è sempre presunta e chi allega la mala fede deve darne la prova ». Naturale quindi che se, rimasta inadempiuta l'obbligazione, il creditore voglia conseguire quei maggiori effetti dell'inadempimento, in altre parole quel più largo indennizzo ch'è conseguente al dolo anzichè alla colpa, debba provare il dolo medesimo; ma

s'egli ciò non pretenda e si accontenti degli effetti inerenti ad una inesecuzione colposa, non siamo più sul terreno odioso di una presunzione di mala fede o di dolo ed hanno libero corso i principî di sistema probatorio dianzi indicati.

Se questa è la regola quanto alla prova, nè lo stesso CHIRONI lo contesta, trattandosi di colpa contrattuale, non sappiamo comprendere com'egli ravvisi alcunchè di eccezionale nel caso altra volta ricordato (v. s., n. 110, pag. 288-289) dell'incendio della casa locata, dove si è visto ch'egli reputa aversi un aggravio pel conduttore, aggravio connesso con la sua teoria della custodia. Mentre ordinariamente, egli dice, il debitore si libera provando l'avvenimento fortuito che gli impedì di eseguire l'obbligazione, e tocca al creditore, se per avventura sostenga che quel fortuito fu determinato da colpa del debitore, il fornirne la prova, qui invece non basta che il conduttore alleghi l'incendio onde gli è resa impossibile la restituzione della casa così come l'ebbe dal locatore, ma egli ha da provare per di più la carenza di colpa propria nello scoppio dell'incendio. Ma l'errore di tal ragionamento sta nella premessa, cioè nel presentare e considerare l'incendio come un evento per sè stesso fortuito, mentre invece può essere o fortuito, o doloso, o colposo ed anzi le statistiche provano che ordinariamente è colposo. Vi sono bensì eventi che hanno in sè stessi la impronta del fortuito, sicchè basta allegarli come impedienti l'esecuzione dei proprî impegni per essere da questi prosciolti: esempio la burrasca che ha distrutto le messi dovute; onde toccherebbe allora al creditore il quale pretendesse che ci è stata colpa precedente, esempio che la messi si sarebbero potute salvare se il debitore non fosse stato in colpevole ritardo nell'eseguirne la falciatura, il darne la prova. Ma altra, ripeto, è la cosa riguardo all'incendio. Ed è avendo riguardo a tali concetti, che concorrono a completarci l'idea vera del fortuito, che riusciremo a contenere nei dovuti limiti la norma, considerata come generale sull'onere della prova nella ipotesi di *casus dolo seu culpa determinati*, contenuta in materia di soccida, nel già altra volta ricordato Art. 1673 (v. s., n. 96, pag. 234-235). Intanto si nota come natural corollario della normalità del disposto

dell' Art. 1589 la possibilità di estenderlo a casi analoghi, come per esempio all'incendio della cosa data a comodato, mentre all' opposta conclusione giunge chi vi ravvisa una disposizione d'indole eccezionale (1) .

Ora che conosciamo la regola sulla sopportazione dell' *onus probandi* nella colpa contrattuale, vuolsi aggiungere che nulla impedisce alle parti di convenirne uno spostamento od inversione, per cui sia il creditore che, nel caso di inadempimento, debba dimostrare la colpa del debitore. E ciò o sin dal momento in cui sorge fra loro il rapporto obbligatorio, ovvero in seguito. Ne troviamo un esempio all' Art. 401 del Codice di commercio relativamente al contratto di trasporto. Vi si legge: « Se trattisi del trasporto di determinate specie di cose fragili o soggette a facile deterioramento, o di animali, ovvero di trasporti fatti in modo speciale, le amministrazioni di strade ferrate possono stipulare che la perdita o l' avarìa si presuma derivata da vizio delle cose trasportate, dalla loro natura o da fatto del mittente o del destinatario, *se non è provata la loro colpa* ».

115. Potrebbe darsi che l'inadempimento dell'obbligazione provenisse non già da colpa del debitore, ma da colpa del creditore. Allora egli non avrà diritto alcuno a risarcimento: « quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire », dice Pomponio nella l. 203 D. de reg. iur. 50. 17. E la cosa è di troppa evidenza perchè occorra soffermarcisi. Senonchè può essere che non sia la colpa del creditore la sola causa dell' inadempimento, ma essa sia concorsa con la colpa del debitore. Il misurare questo concorso di colpe e la reciproca loro influenza spetterà di caso in caso al giudice, il quale potrà non far luogo ad indennizzo per l' inadempimento, ove giudichi che ci sia compensazione di colpe (2). Concetto questo di compensazione di colpe oppu-

---

(1) V. sull'argomento dell' incendio della casa locata il mio Articolo (IV) *sulle locazioni* nella *Riv. it. per le sc. giuridiche*, Vol. XV (1893), pag. 3-43.

(2) Cfr. Chironi, *Op. cit.*, n. 319, pag. 706-707.

gnato in verità da più d'uno in tema di colpa aquiliana (1), ma che non mi consta abbia oppositori in questo della colpa contrattuale, di cui noi stiamo occupandoci (2). Soltanto si insegna da tutti che non possa compensarsi il dolo di una parte o la colpa lata che ad esso si equipara, con la semplice colpa dell' altra (3).

§ 4.

Cenno di taluni casi in cui si disputa se la colpa abbia carattere contrattuale.

SOMMARIO

116. Le cose esposte nei paragrafi che precedono spiegano abbastanza l' interesse delle questioni che in pratica molte volte si fanno per decidere se un dato caso sia da condurre piuttosto sotto la specie della colpa contrattuale o sotto quella

---

(1) V. Cogliolo, *Rivista critica di giurisprud. civ.* in *Monitore dei Tribunali* del 1891 (Vol. XXXII, pag. [illegible]), pag. 990 e Mosca, *Op. cit.*, pag. 58-61.

(2) Anzi una recentissima sentenza della Corte d'Appello di Milano, mentre nega la compensazione di colpe riguardo all' aquiliana, ripone in ciò una differenza fra essa e la colpa contrattuale. Sent. 20 Aprile 1898, in causa Ghioni-Pirelli, inserita nei *Monitore dei Tribunali* di quest' anno, XXXIX, pag. 506.

(3) Cfr. Chironi, *Op. cit.*, n. 319, pag. 707.

della colpa aquiliana. Ne accenniamo qualcuna a scopo di esempio, e quindi non coll' intento di presentare altresì per tutti i casi che ci disponiamo a ricordare la soluzione che ci sembra più giusta.

Si affaccia in primo luogo, anche per la sua importanza sociale, la grave e già altra volta ricordata questione degli infortunî sul lavoro (v. s., n. 86, pag. 213, al quale mi rimetto pure per le citazioni). È noto che, volendo venire in soccorso alla classe operaia si pensò dapprincipio ad una inversione dell' onere della prova, sicchè dovesse il padrone dimostrare la carenza di colpa da parte sua, e non già l' operaio dimostrare la colpa del padrone. Ebbene, a giustificare questo principio giuridicamente, si abbandonò il terreno dell' aquiliana e si fece da più parti ricorso al concetto di colpa contrattuale. Si disse: dobbiamo considerare il contratto di locazione d'opere come avente per contenuto non soltanto l' obbligo del padrone di prestare la mercede in ricambio dei servigi che riceve, ma altresì l' impegno da parte sua di restituire, per dir così, l'operaio a sè stesso, alla fine del contratto, incolume come lo si è ricevuto nell' officina, simile a ciò che avviene in un contratto di locazione di cose, dove l'inquilino o il colono o il noleggiante ha da restituire al locatore la cosa locata tal quale. Se è pertanto di adempimento di obbligo contrattuale che qui si tratta, contrattuale sarà la relativa colpa, e quindi incombente la prova al debitore (il padrone) in proprio discarico e non viceversa, come sarebbe se si considerasse l' infortunio quale un danno estraneo al rapporto contrattuale. Nè mancano sentenze in questo senso. Tanto che alcuni, dominati da tale idea, giunsero sino a dire che non c' era bisogno di alcuna legge speciale, perchè già l' applicazione del Diritto comune sulla colpa contrattuale portava a siffatta risultanza. E non si avvidero, s'altro non fosse, che, mentre voleano giovare all' operaio per questa parte concernente la prova, lo esponevano d'altra parte a pericolo, atteso il patto preventivo di irresponsabilità per colpa possibile nei rapporti contrattuali e non invece (secondo l' opinione di gran lunga prevalente) negli extracontrattuali, che è pure un altro aspetto già da noi illustrato (v. s., n. 111, pag. 292-294) sotto cui vuol essere esaminato questo

poliedro interessantissimo della colpa. Sappiamo che sull'argomento l'Italia possiede oggi una legge informata al principio dell'assicurazione obbligatoria, e quindi tale da eliminare, entro i confini della legge stessa, la predetta questione sulla prova, poichè l'assicurazione copre, come già si è notato (v. s., n. 86, pag. 213), persino gli infortuni derivanti da colpa dell'operaio. Ma la questione, se per effetto di detta legge troverà oggidì un campo più ristretto in cui potersi elevare, non è detto si trovi eliminata interamente. Basti pensare che la Legge 31 Marzo 1898 si applica solo ad operai, sopraintendenti a lavori ed apprendisti addetti a determinate industrie e talora anche col limite che l'industria sia tale da occupare più di cinque operai (Art. 1 e 2) e che l'assicurazione non indennizzi le conseguenze di infortuni che non abbiano durata maggiore di cinque giorni (Art. 7). Laonde quando siamo fuori dei predetti limiti, o per la qualità dell'industria o per la durata delle conseguenze prodotte dall'infortunio, potrà oggi ancora sollevarsi la controversia dianzi accennata.

Ricorderò del pari (sempre astenendomi dal discutere atteso lo scopo di semplice esemplificazione proprio del presente paragrafo) la questione spesso dibattuta nei riguardi dell'*onus probandi* per decidere se sia contrattuale o aquiliana la colpa di cui devono rispondere le Compagnie ferroviarie (e così dicasi di altri vettori) verso i viaggiatori in caso di scontri od altri infortuni. C'è chi considera qui la colpa come aquiliana (1) e chi invece la qualifica contrattuale dichiarando estensibili per analogia ai trasporti di persone e ai danni da esse sofferti per disastri le norme sui contratti di trasporto di cose e sulle loro perdite ed avarie (2).

---

(1) Così, per citarne una, la sentenza 30 Dicembre 1893 della Corte d'Appello di Milano, in causa Villa c. Ferrovie Nord-Milano (*Monitore dei Tribunali*, XXXV (1894), pag. 351).

(2) In questo senso p. es. si era pronunciata anteriormente la stessa Corte di Milano con sent. 27 Dicembre 1889, in causa Ferrovie del Mediterraneo c. Panella-Parini (*Monitore dei Tribunali*, XXXI (1890), pag. 149). Veggansi poi sull'argomento TERRIZZANI, *Natura commerciale dell'azione di danni contro le Ferrovie* in nota a sent. 2 Giugno 1893 inserita nell'*An-*

117. Così, per recare ancora un esempio, si disputa se sia per effetto di colpa contrattuale od extracontrattuale che, trattandosi di sponsali, debitamente conclusi secondo le forme indicate dal Codice civile nell'Art. 54, il promettente che ricusi di eseguire la promessa senza giusto motivo è obbligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio (1).

118. Fermato il principio che si devono tenere distinti i due campi della colpa contrattuale e della aquiliana, dobbiamo tuttavia notare come talvolta un contratto possa servire d'occasione ad una colpa extracontrattuale, donde la necessità di fissare allora minuziosamente dove cominciano e dove terminano il dovere legale e il dovere contrattuale (2). Così, ad esempio, se io convengo con un'armaiuolo ch'egli pulirà il mio fucile e se per inavvertenza, avendolo io lasciato carico, nell'atto in cui glielo consegno, il colpo parte e l'armaiuolo rimane ferito, la colpa è aquiliana, benchè il fatto abbia avuto luogo per occasione di un contratto (3). Altro esempio simil sarebbe quello degli infortunî sul lavoro quando non si accolga la sovraesposta teoria che vi ravvisa una colpa contrattuale.

Reclamano qui un cenno a parte quei casi in cui da taluno si parla della cosidetta *culpa in contrahendo*. Sino ad ora della colpa contrattuale noi abbiamo discorso supponendo incorsa la colpa nella *esecuzione* di un contratto (o di altra obbligazione). Ma ora si domanda: *quid iuris* se colpa è commessa nella *formazione* del contratto? E le ipotesi che si

---

nuario critico di giurispr. pratica del COGLIOLO, V (1893), parte I, pag. 74-98, e autori ivi citati, aggiungendovi ora SALVIA, in nota a sent. 31 Dicembre 1895 del Tribunale di Napoli, inserita nello stesso *Annuario*, VIII (1896), parte II, pag. 13-17.

(1) Su ciò veggansi in particolare F. S. BIANCHI, *Corso di cod. civ. it.*, 2.ª ediz., Vol. V, Parte I (Torino, Unione 1893), n. 25, pag. 90 e segg. e autori ivi citati, ai quali è da aggiungere FULCI, *Del titolo preliminare e del Diritto delle persone* (Firenze, Pellas 1880), che contro il BIANCHI sostiene trattarsi qui di colpa contrattuale e non di colpa aquiliana.

(2) FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 21.

(3) FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 85-86.

possono qui figurare sono assai varie. Il contratto, suppongasi, è assolutamente nullo o è annullabile: la causa della nullità o annullabilità era nota o doveva esserlo all'una parte contraente, ignota (e per ignoranza scusabile) all'altra. È evidente la ragionevolezza di un risarcimento alla parte delusa nella fondata sua aspettativa di aver conclusa una convenzione valida, e non ne manca l'esempio nel Codice. Così l'Art. 1459 dopo di avere stabilito il principio che la vendita della cosa altrui è nulla, soggiunge: « essa può dar luogo al *risarcimento dei danni, se il compratore ignorava che la cosa era d'altri* ». Parimenti l'Art. 1407 relativo ai beni dotali, di regola inalienabili, dichiara nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote quantunque vi acconsentano ambidue i coniugi. Ma nel 1° capoverso soggiunge: « Il marito però che vi ha acconsentito, *è obbligato pei danni verso colui col quale ha contrattato*, se nel contratto non ha dichiarato che la cosa alienata od obbligata era dotale » (1). Orbene, in questi e simili casi siamo di fronte a colpa contrattuale o a colpa extracontrattuale? E la domanda si ripete in ordine ai contratti fra assenti, disciplinati dall'Art. 36 del Codice di commercio (la cui applicabilità o no ai contratti civili in via analogica è questione da lasciare per ora impregiudicata (2)). Il contratto bilaterale tra persone lontane non si perfeziona, così dispone il primo comma di quell'articolo, che nel momento in cui l'accettazione giunga a notizia del proponente (purchè nel termine dal proponente stabilito o in quello ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio). Ciò, soggiunge il primo capoverso, salvochè il proponente richieda l'esecuzione

---

(1) È poi questione, nella quale non è il caso qui di entrare, se il marito resti tenuto ai danni nell'ipotesi che l'acquirente conoscesse altrimenti che per dichiarazione del marito stesso il carattere dotale della cosa alienata od obbligata.

(2) Sulla quale mi basterà per ora rinviare, anche per la copiosissima bibliografia, alla monografia del Gabba, *Momento perfezionativo del contratto fra assenti* nelle sue *Quistioni di Diritto civile*, Vol. II *(Diritto ereditario e Diritto delle obbligazioni)* (Torino, Bocca 1898), pag. 156-199.

immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio: chè allora il contratto è perfetto appena la parte cui fu diretta la proposta ne abbia impresa l'esecuzione. Ebbene, sino a che il contratto non è perfetto, il secondo capoverso del predetto articolo consente all'una e all'altra parte di revocare rispettivamente la fatta proposta o la spedita accettazione, ma, continua « sebbene la rivocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopochè questa ne ha impresa l'esecuzione, *il rivocante è tenuto al risarcimento dei danni* ». Risarcimento dei danni per colpa contrattuale ovvero per colpa aquiliana? Ecco il quesito.

Fu primo il JHERING che si fece innanzi qui col concetto della *culpa in contrahendo* (1), ciecamente seguito da taluno, da altri modificato in parte, da altri ancora fieramente avversato (2). Secondo questa teoria (3) chiunque entra in relazione d'affari con altri e gli fa un'offerta di contrattare, si obbliga

(1) JHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher f. die Dogmatik*, u. s. w., IV (1860), pag. 1-112.

(2) Cfr. su questa varia accoglienza fatta alla teoria del JHERING e in generale sul valore della teoria stessa, WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 307, nota 5, pag. 156-157, § 308, nota 7, pag. 163, § 315, nota 7, pag. 186-187. Ne sono poi entusiasti e la vogliono senz'altro applicata al vigente Diritto francese i Signori BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. e Vol. cit.*, n. 362, pag. 334-338. Più moderato il SALEILLES, cit. *Résumé des dispositions du Projet du Code civil allemand sur les sources de l'obligation*, in cit. *Bulletin de la Société de législat. comparée*, XVIII, n. 7, pag. 587-588, crede che come regola generale in caso di nullità di un contratto per illiceità di oggetto, la parte che ne soffre non possa valersi che delle norme della colpa aquiliana ed espone solo il dubbio che l'Art. 1599 del *Codice francese* (analogo al già citato 1459 del nostro) contenga il germe di un'altra teoria più feconda, analoga a quella germanica, onde la colpa s'abbia a considerare qui contrattuale. Ma nel tempo stesso, esposta la teoria speciale del JHERING, conclude « tout ceci est quelque peu subtil. » (pag. 588).

(3) Mi valgo per brevità del felice riassunto che ne danno ai citati luoghi il SALEILLES e i Sigg. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE.

con ciò stesso a rispondere verso di lui di ogni colpa di cui dovrebbe riparazione in virtù del contratto stesso. E però accettata che sia quest'offerta, anche se poi il contratto cade o non riesce a formarsi, permane all'infuori di esso una convenzione di responsabilità contrattuale, per cui il promittente risponde dell'imprudenza commessa col proporre un contratto che non doveva arrivare in porto. È dunque un patto di responsabilità, tacitamente accettata dalla controparte, che si innesta nella stipulazione o trattazione del contratto principalmente divisato, patto che sorgerà a carico di ambe le parti datochè si tratti di stipulare un contratto bilaterale. Di qui il carattere contrattuale di questa colpa. L'elemento colposo precisamente sta in ciò, che ogni persona che propone di contrattare dev' essersi prima assicurata che nè in sè stessa, nè nell'oggetto che vuol dedurre nell'obbligazione propria, vi ha nulla che si opponga all'esistenza o alla validità del contratto cui mira. Precisamente col proporre il contratto essa garantisce di aver fatta questa verificazione preliminare, in altri termini che essa è in grado di concluderlo senza che possa risultarne più tardi un danno per l' altra parte. Se dunque il contratto viene poi annullato o dichiarato inesistente per un motivo che è personale al proponente o che è dedotto dalla natura dell'oggetto della sua obbligazione, deve essere responsabile, perchè ciò suppone che non abbia fatta la predetta verificazione preliminare o che l' abbia fatta male. In questo caso esso deve, a titolo di riparazione alla controparte, l'equivalente dell' interesse che questa avrebbe avuto a non contrattare, ciò che il Jhering esprime con una formula di sua creazione, la quale ha trovato favore anche presso alcuni che non accettarono o non interamente la sua teoria della *culpa in contrahendo*, voglio dire con l'espressione *das negative Vertragsinteresse*, in contrapposto all' interesse relativo all'esecuzione del contratto rapporto obbligatorio *(Erfüllungsinteresse)*. In altre parole non sarà dovuto al contraente che soffre per il venir meno del contratto « quanto avrebbe potuto ritrarre ove il contratto avesse avuto luogo; bensì ciò che avrebbe avuto se la proposta non avesse suscitato in lui la fiducia del contratto. Quindi, anzitutto, tutte le spese incon-

trate per mettersi in grado di eseguirlo (pigione di magazzini, noleggio di bastimenti, provvigioni a mediatori, telegrammi, ecc.); inoltre, se compratore, la perdita subita per aver trascurato di provvedersi altrove delle merci necessarie; e se venditore, per aver rifiutate altre occasioni favorevoli di vendita » (1). E che questa parte della teoria del Jhering concernente la valutazione del danno, possa staccarsi dal resto della teoria stessa, lo dimostrano i compilatori del *Codice civile germanico*. Sta in esso un paragrafo, il § 307, che ha adottato in massima il predetto *negative Vertragsinteresse* (2), eppure nei *Motivi* sul paragrafo stesso è detto apertamente che si volle lasciare alla scienza la decisione del quesito se qui trattisi di colpa *ex delicto* o di colpa contrattuale, senza nulla decidere sulla *culpa in contrahendo* (3).

Fra noi favorevole in massima al concetto e alla denominazione della *culpa in contrahendo* si mostra il Chironi, che ne discorre in più luoghi della citata sua opera (4), benché alla teoria del Jhering egli dichiari di apportare talune modificazioni, fra cui principalmente questa, ch'egli, ravvisando in tutti i casi sopra indicati la colpa contrattuale e non l'aquiliana, dice di non connetterla « ad un'obbligazione distinta da quella viziata [o soggiungo io non conclusa], sibbene allo stesso rapporto di obbligazione, separandovi la parte inefficace dal *momento* in cui le volontà s' incontrano a garantire la serietà dei propri atti concorrenti alla costituzione

---

(1) Bolaffio, sugli Art. 36-37 del Codice di commercio nel cit. *Commento* di Verona, Vol. I, n. 252, pag. 444.

(2) § 307 « Wer bei der Schliessung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze *des Schadens* verpflichtet, *den der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut* (jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Gültigkeit des Vertrags hat). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Theil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss. »

(3) Hadlen, *Op. e Vol. cit.*, sul § 307, pag. 368.

(4) Chironi, *Op. cit.*, n. 4 bis, pag. 12 e segg., n. 16 bis, pag. 100 e segg., n. 95, pag. 233, n. 101, pag. 249, n. 108, pag. 262-263, n.i 175 quater, 175 quinq., pag. 393-396.

del vincolo. Questa *garanzia* sopravvive alla parte caducata del rapporto, e contenuta com' è nell' obbligazione, la *colpa* che vi si riferisce è contrattuale, ed il contratto è quello stesso che posto nel nulla per rispetto alla prestazione concretamente considerata, vive ancora nell' obbligazione del proponente di garantire all' accettante, *insciente del vizio,* la serietà dell' offerta, la verità del diritto ch' egli intende di trasferire „ (1).

Il tema, in verità attraentissimo, se doveva qui accennarsi per dimostrare quanto è ampia la cerchia dei casi in cui si discute sulla natura contrattuale od extracontrattuale della colpa, non può essere nel presente paragrafo sotto tutti gli aspetti approfondito, perchè ciò presupporrebbe troppe cognizioni sui contratti in genere, che sarebbe ora prematuro e fuor di luogo l' esporre. Per esempio, uno dei punti in cui più vivamente si discute sugli effetti della colpa e sulla natura sua riguarda l' ipotesi in cui la volontà reale di un contraente sia disforme dalla sua dichiarazione. Dovrà il contratto rimanere tuttavia in piedi? E se no, come porta l' opinione nella teoria dominante, sarà dovuto compenso alla controparte che in buona fede contrattò ritenendo corrispondente alla realtà la dichiarazione dell' altro contraente? E a che titolo dovuta? Solo se quel contraente versava in dolo o in colpa, od anche se non c' è stata colpa di sorte da parte sua? E risoluto quest' ultimo quesito nel senso che occorra la colpa, ci si arresterà alla colpa lata? Ecco una serie di quesiti che ci portano nel cuore, per dir così, del sistema contrattuale, come quelli che si riferiscono al tema della volontà e responsabilità nei contratti (2). Si capisce dunque come qui non possiamo indicare che alcune linee generali.

---

(1) Chironi, *Op. cit.*, n. 46 *bis*, pag. 101.

(2) Fin d' ora indico sull' argomento V. Scialoia, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici* (Roma, Perelli 1885), Eisele, *Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten* (Jena, Fischer 1887) e Ferrini, *A proposito di un libro del prof. Eisele* ecc. in *Monitore dei Tribunali,* XXVIII (1887), pag. 737-739.

Ora a me sembra che in questo tema della *culpa in contrahendo* siansi fatti, con dubbio successo, troppi sforzi di sottile dialettica. Per sè stesso l'obbligo di non recar danno ad altri *in nessuna maniera* e quindi nemmeno col proporgli, o fargli stringere, per leggerezza, o peggio per dolo, un contratto che poi non viene a sussistenza o non regge, è e rimane sempre quell'obbligo generico del *neminem ledere,* che genera, se inosservato, la colpa extracontrattuale, nè muta siffatta natura nel momento in cui realmente Tizio va a recare questo danno a Caio entrando in rapporti con lui. Sempre, quando prende corpo la colpa aquiliana ciò avviene fra due determinate persone, una delle quali manca verso l'altra al predetto obbligo generico del *neminem ledere*, ma non per questo si pensa che spunti allora fra di esse un apposito accordo, per virtù del quale si imprima alla colpa, generatrice dell'obbligazione del risarcimento, carattere contrattuale. E perchè supporre un simile tacito accordo sol per questo, che il mezzo onde si reca dolosamente o colposamente danno altrui è la proposizione o la conclusione di un contratto? Nè a tale obbiezione sfugge di certo la costruzione architettata dal CHIRONI, dal momento ch'egli rimane pur sempre nell'ámbito del contratto che le parti si erano accinte a stipulare e del quale considera parte integrante la reciproca garantia della serietà dei propri atti concorrenti alla costruzione del vincolo.

Ma nemmeno io dirò che in tutti i casi proposti siasi di fronte per questo a colpa aquiliana. Credo si debba distinguere caso da caso. La colpa è e resta semplicemente aquiliana se si rimane fra le parti allo stadio delle trattative, se il contratto proposto non viene poi, nemmeno in apparenza, alla luce, perchè la proposta venga, entro il termine dalla legge consentito, revocata: dunque nel caso del citato Art. 36, pen. capov. del Codice di commercio (1). Si potrà bensi censurare il disposto dell'articolo stesso, osservando che non vi ha colpa in chi tempestivamente revoca la fatta proposta (o la spedita

---

(1) Conf. VIDARI, cit. *Corso di Diritto commerciale*, Vol. III (4ª ediz., Milano Hoepli 1895), n. 2385, pag. 246.

accettazione) dal momento che non fa che usare di una facoltà dalla legge stessa a lui consentita, e che quindi non ci dovrebb' essere obbligo di risarcimento di danni (1), ma è altrettanto indubitato che, se la cosa si voglia ad ogni costo portare sul terreno della colpa, questa non può essere che aquiliana e non, come vuole il Chironi, contrattuale, dacchè il contratto è rimasto *in spe,* non venne assolutamente a maturazione.

Se invece il contratto fu concluso, parmi allora che sarebbe razionale distinguere le ipotesi di assoluta nullità di esso da quelle di semplice annullabilità. In queste ultime infatti, come sarebbe se si avesse l'incapacità legale di una parte o qualche vizio nel consenso di un contraente, il contratto viene pure a sussistenza, tanto che è eseguibile e la volontaria esecuzione, ovvero la conferma o ratifica, dato che avvengano con conoscenza del vizio nel tempo e modo debito, sanano il vizio (Art. 1309). Orbene, se allora l'impugnativa del contratto provenga da quella parte che fu in colpa nella formazione del contratto stesso, si può dire che oramai la colpa nella formazione si ripercuote nella esecuzione, si traduce in colpa nella esecuzione, e però ha carattere indubbiamente contrattuale. Ho contrattato p. es. con un minorenne, ignorandolo tale; suppongasi scusabile l'errore mio ed imputabile invece il minorenne di dolo o di colpa. Poi il contratto, per ragione dell'incapacità, viene annullato ad istanza della controparte (giunta alla maggior età) o di chi la rappresenta (genitore o tutore). Allora, benchè sia certo che essa o chi per essa si è valsa di un diritto, la colpa originaria fa sì che io possa chiedere risarcimento a titolo di colpa contrattuale, perchè il contratto era pur sempre eseguibile, e se non si esegue è per fatto (sia pure ora legittimo) della controparte o di chi legalmente la rappresenta. Se invece il contratto viene annullato ad istanza non di chi fu autore ma di chi fu vittima della

---

(1) In questo senso v. Bolaffio, *L'Art. 36 del nuovo Codice di commercio ed i contratti per telefono* in *Archivio giuridico,* XXIX (1882) (pag. 505-520), pag. 507-511 e con lui Gabba, *loc. cit.*, pag. 167 e segg.

colpa nella formazione di esso e il vizio che motiva l'annullamento concerna il consenso e non già il titolo o la prestazione o cosa dedotta in obbligazione, il predetto ragionamento più non regge, e la colpa sembrami debba conservare il carattere di colpa extracontrattuale. Io sono addivenuto ad un contratto di compera per errore sostanziale, scusabile da parte mia, noto invece al venditore o facilmente da lui avvertibile; se, scoperto l'errore, mi valgo del mio diritto d'impugnativa, e il contratto si annulla, il risarcimento dovutomi dal venditore non potrà essere, a mio avviso, che per colpa aquiliana, dal momento che io stesso ho posto nel nulla il contratto. Ma se si tratta di vizio nel titolo d'acquisto, sempre nella ripetuta ipotesi che questo vizio sia scusabilmente ignorato dall'acquirente, il risarcimento cui questi abbia diritto pel fatto di non aver conseguita la cosa o di averla perduta per sofferta evizione, sarà invece effetto di colpa contrattuale. Infatti anche qui il contratto esisteva ed era eseguibile: eseguibilità attestata a chiare note dall'Art. 59 del Codice di commercio, ove, tutto all'opposto del 1459 del civile, è dichiarata valida la vendita di cosa altrui, eseguibilità raffermata dall'Art. 1510 del Codice civile stesso, per cui « il compratore, se è o ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può *sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie* », eseguibilità finalmente da tutti ammessa con l'insegnare che il vizio appunto è sanato quando l'alienante acquisti poi la cosa d'altri che l'acquirente in buona fede comperò da lui. Ciò posto anche qui è il caso di dire che la colpa nella *formazione* si traduce oramai in colpa nell'*esecuzione* del contratto, donde contrattuale la natura della colpa stessa. E altrettanto ripetasi nei casi in cui venga meno il contratto per vizi o difetti occulti della cosa (venduta o locata, Art. 1498, e segg. e 1577) e l'alienante o il locatore, imputabile di dolo (accertato nel primo, presunto *iuris* nel secondo) debba risarcimento di danni (Art. 1502 e 1577 i. f.). Chè quando si deduce la prestazione di una cosa in contratto, s'intende cosa immune da vizi e quindi mal si esegue il contratto stesso dandola invece viziata.

Resta finalmente l'ipotesi di nullità radicale e non di semplice annullabilità, come se si deduca in contratto cosa fuor di commercio. Allora il contratto non acquista vita nemmeno per un istante, e però il risarcimento eventualmente dovuto dall'una parte all'altra dovrebbe dirsi effetto di colpa aquiliana. Tuttavia non disconosco che a diversa conclusione parrebbero condurre le fonti romane in quanto danno al compratore in buona fede di cose simili l'*actio empti* (dunque azione contrattuale) per l'indennizzo in confronto all'alienante (1).

SEZIONE IV.

Della mora

SOMMARIO

119. Concetto della mora e distinzione della *mora solvendi* dalla *mora accipiendi*. Casi di inesecuzione sotto la semplice apparenza della mora; in particolare dei cosidetti *Fixgeschäfte*. — **120.** Mora solvendi. Suoi requisiti. In particolare della massima *in illiquidis non fit mora*, della distinzione fra *mora ex re* e *mora ex persona* e della regola *dies interpellat pro homine*. — **121.** Effetti della mora. — **122.** Purgazione della mora. — **123.** Mora accipiendi.

119. Dall'inadempimento assoluto dell'obbligazione passiamo a discorrere del ritardo nell'adempimento. Ove questo ritardo sia colposo, assume il nome tecnico di *mora*. È vivamente disputato tra' romanisti se la mora supponga colpa, ma in verità la disputa si può risolvere osservando che nelle fonti talvolta mora è adoperata nel predetto senso tecnico, tal altra come sinonimo di ritardo, e basti per tutti un passo ove sta la parola in entrambi i sensi, cioè la l. 24 pr. D. de

---

(1) § 5 Inst. de empt. et vendit. 3, 23, l. 4, 5, 6 di Pomponio e di Paolo, l. 62 § 1 di Modestino, l. 70 di Licinio Rufino, D. de contrah. empt. 18, 1.

usur. et fruct. et caus. cit. 22. 1 di Paolo: «Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit». Certo è che nella nostra legislazione quale mora, per gli effetti speciali ad essa inerenti, è da intendere il ritardo colpevole, e lo dimostra l'Art. 1225, già esaminato, nel quale appunto sono fatte assieme le due ipotesi di inadempimento e di ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione. La mora incolpata, il semplice ritardo, astrazion fatta da ogni indagine sulla colpa, potrà produrre anch'essa i suoi effetti (esempio gli Art. 1165 Cod. civ. e 42 Cod. comm.), ma diversi da quelli della mora in senso tecnico. Finalmente notiamo che talvolta la legge parla in senso improprio di obbligazioni *con mora* per indicare obbligazioni a termine (cfr. Art. 1832, 2090).

Quella che noi abbiamo qui particolarmente da studiare è la mora del debitore *(mora solvendi)*, ma dobbiamo accennare che vi ha anche possibilità di mora da parte del creditore *(mora accipiendi)*: ha luogo quando il creditore non si presti a ricevere in tempo debito il pagamento. Ne diremo poche parole alla fine del presente paragrafo, riserbandoci a trattarne più estesamente quando si dirà del pagamento quale modo di estinzione delle obbligazioni, nonchè dell'offerta reale e del deposito, ch'è materia al pagamento strettamente connessa.

Ad esaurire queste idee preliminari dobbiamo ancora notare che il contenuto dell'obbligazione può essere tale che il non eseguirla in tempo corrisponda oramai a non eseguirla affatto, sicchè non è più il caso di parlare in allora di semplice mora, ma di assoluto inadempimento. Tizio, suppongasi, si è obbligato ad eseguire per conto mio un certo atto, giudiziale o stragiudiziale, per cui è fissato un termine perentorio; se lo lascia trascorrere senza compier l'atto, si dirà oramai mancata l'esecuzione dell'obbligazione (1). Anzichè dalla natura della prestazione promessa, com'è nell'esempio ora addotto, può ciò provenire dalla concorde intenzione delle parti al momento in cui l'obbligazione fu contratta, nel qual

---

(1) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 45, pag. 61-62 (4.ª ediz.).

caso; senza che si possa indagare se tuttavia la prestazione presenterebbe o no interesse pel creditore, questi ha diritto di non volerla più, considerando mancata affatto e non semplicemente ritardata l'esecuzione. Abbiamo in tal caso quello che la dottrina tedesca chiama *Fixgeschäft*. E queste due posizioni ora accennate, nelle quali dunque non è più il caso di parlare di semplice mora, noi le troviamo nettamente distinte nel *Codice svizzero* più volte citato agli Art. 123 e 125. Il primo, relativo appunto ai cosidetti *Fixgeschäfte*, dispone: « Ove risulti dal contratto l'intenzione dei contraenti che l'obbligazione debba eseguirsi a tempo determinato, non prima nè dopo, o entro un dato termine e non più tardi, e l'adempimento non segua nel termine fissato, l'altra parte può di pieno diritto recedere dal contratto ». L'altro, cioè l'Art. 125, dice: « Se per la mora del debitore la prestazione abbia perduto ogni interesse pel creditore, questi può rifiutarne l'accettazione, ritenere la controprestazione, o, se già la avesse eseguita, chiederne la restituzione, e domandare inoltre, quando provi esservi colpa, il risarcimento dei danni. » (1)

Parimenti non è concepibile mora nelle obbligazioni di non fare. Tizio, p. es., si è obbligato a non locare una sua bottega, vicina a quella di Caio, a persona che eserciti lo stesso ramo di commercio di Caio medesimo. Come possibile il parlar qui di mora? All'obbligo assunto non sarà concepibile che Tizio manchi riguardo al tempo; ma solo compiendo ciò che non doveva, nel quale caso applicheremo l'Art. 1221: « Se l'obbligazione consiste nel non fare, il debitore che vi contravviene è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione » (2).

Esaminiamo ora partitamente gli estremi necessarî perchè si parli di mora del debitore, gli effetti di essa, e finalmente come ne cessino gli effetti, il che con espressione tradizionale, per quanto inelegante, si chiama purgazione della mora *(purgatio morae)*.

---

(1) V. su questi due articoli del *Codice svizzero*, posti a raffronto nello stesso senso da me indicato, Schneider u. Fick, *Op. e Vol. cit.*, pag. 255-257.

(2) Giorgi, *Op. e Vol. cit.*, n. 46, pag. 63.

120. Mora solvendi. *Requisiti.* Va da sè che deve trattarsi di debito certo e scaduto. Il ritardo poi dev' essere ingiusto, dev' essere imputabile al debitore, e in taluni casi finalmente dev' essere accertato mediante la cosidetta costituzione in mora (1).

Ritardo anzitutto *ingiusto*: non si potrebbe, p. es., parlare di mora nella restituzione di cosa ricevuta in deposito, se, essendo morto il deponente che ha lasciato più eredi, e trattandosi di cosa indivisibile, il depositario si rifiutasse di restituirla finchè essi eredi non si fossero posti d'accordo sul modo di riceverla. A ciò infatti lo autorizza l' Art. 1855. Così, per recare col Lomonaco (2) un altro esempio, se io, conduttore, debbo pagare domani una rata di pigione al proprietario della casa che abito, ed un creditore di lui mi intima oggi un atto di pignoramento presso terzi, col quale ferma in mano mia quella rata, non si dirà certo che io sia un debitore moroso se domani mi asterrò dal pagare il locatore: farei anzi assai male a soddisfarlo, perchè mi esporrei al pericolo di dover pagare due volte, per applicazione dell'Art. 1244, che suona: « Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, nonostante sequestro o atto di opposizione nei modi stabiliti dalla legge, non è valido riguardo ai creditori sequestranti od opponenti: questi possono costringerlo a pagare di nuovo, per ciò che riguarda le loro ragioni, salvo in questo caso soltanto il suo regresso contro il creditore ».

In secondo luogo abbiamo detto dover essere il ritardo *imputabile al debitore*. La teoria della mora si rannoda infatti, come già si è visto, alla teoria della colpa, e ciò, giova notarlo, anche per il *Codice austriaco*, come risulta, a tacer d'altro, dal posto che vi occupano i §§ 1333 - 1335 inclus., relativi alla *mora debendi* sotto il capitolo che tratta « del diritto di indennizzazione e di soddisfacimento », ch' è il 30° della Sezione II, Parte II (3). E però si ha un ulterior

---

(1) Chironi, cit. *Istituzioni di Dir. civ.*, II, § 279, pag. 38-39.

(2) Lomonaco, cit. *Obbligazioni*, I, n. 105, pag. 439.

(3) Cfr. su ciò M. Diena, *Della mora nel Diritto comune, austriaco e patrio* in *Temi Veneta*, X (1885), pag. 537-542.

corollario importante nei riguardi della prova. Come cioè nel caso di assoluto inadempimento, così qui ove trattasi di ritardo, se vuole sfuggire a responsabilità, dovrà il debitore provare che il ritardo deriva da una causa estranea a lui non imputabile. La quale poi può consistere nella condotta del creditore, che non abbia dal canto suo compiuto quanto per avventura a lui incombeva per rendere l'obbligazione eseguibile. Tale sarebbe il caso in cui, trattandosi di debito pagabile non al domicilio del creditore, ma o al domicilio del debitore o in altro luogo, il creditore non vi si fosse recato per l'esazione o per constatare altrimenti il rifiuto di pagamento. Sia pure allora scaduta l'obbligazione, il debitore non incorrerà in mora perchè non ha obbligo di muoversi e di andar egli al domicilio del creditore per l'adempimento.

A proposito di questo requisito debbo qui ripetere ciò che già notai parlando del concetto di caso fortuito, che cioè viene in considerazione, con effetto di escludere la responsabilità del debitore, l'impossibilità assoluta di adempiere, e qui diremo di adempiere in tempo, l'obbligazione per questa causa al debitore non imputabile, non così l'impossibilità relativa, onde cioè a lui soltanto riesca impossibile od oltremodo difficile attualmente l'esecuzione, e debbo altresì ricordare che solo di impossibilità relativa, la quale dunque non disobbliga, è concepibile il discorrere quando si tratta di obbligazioni di un *genus illimitatum*, quali sono i debiti pecuniari.

Finalmente, sempre in applicazione di questo requisito della mora che stiamo illustrando, non si dirà moroso quel debitore che abbia (uso qui una frase felicemente sintetica del MESSA (1)) una ragionevole causa per ignorare quanto od a

---

(1) MESSA, v.° *Mora* in *Enciclopedia giuridica italiana* del Vallardi, Vol. X, Parte III (pag. 383-411), n. 30, pag. 396. In questo lavoro si troveranno sufficienti indicazioni bibliografiche, relativamente alle quali, alle note opere del MADAI, del WOLFF, di F. MOMMSEN e del KNIEP, aggiungo solo per quanto concerne la scienza tedesca il RYCK, cit. *Die Lehre von den Schuldverhältnissen*, 3a parte (Berlin, Decker 1889), pag. 427 e segg., che è però fra quelli che prescindono affatto dall'idea di colpa nel fornire il concetto della *mora*.

chi debba. Tuttavia sull'ignoranza del *quantum debeatur*, sebbene derivi nel debitore da ragionevole causa, non vi ha accordo nella dottrina e nella giurisprudenza. Corre qui per le bocche di tutti la massima « *in illiquidis o in liquidandis non fit mora* », ma sul significato da attribuirvi esiste dissenso. Chè taluni autori e giudicati la riferiscono solo alla ipotesi di un debito di incerta esistenza, come sarebbe quello nascente da una generica condanna ai danni-interessi, mentre altri la estendono pure al caso in cui sia bensì certa l'esistenza, ma incerto e determinabile per via di liquidazione l'ammontare del debito (1). È quest'ultima l'interpretazione che preferisco (2). Esula infatti anche allora il concetto di imputabilità, come avverte Venuleio nella l. 99 D. de reg. iur. 50, 17, dicendo: « Non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat », legge, che costituì il pernio intorno a cui la scuola costruì la prediletta massima *in illiquidis non fit mora* (3). Ciò che contribuì in questa materia a confondere le idee fu l'aver tenuto presente quell'uno fra gli effetti della mora che consiste nell'obbligo di corrispondere gli interessi, e per dare base a questa corresponsione d'interessi, che in taluni casi

---

(1) Veggasi la questione largamente esposta con indicazioni copiose, specialmente di giurisprudenza, nella citata monografia del Messa, n. 5 e segg. pag. [illegible] e segg.

(2) Conformi fra i nostri Chironi, *Op. cit.*, n. 281, pag. 627-628, Messa, loc. cit., C. [illegible], *Danni-interessi, interesse moratorio e prescrizione* nel periodico *La Legge*, Anno XXVIII (1888), Vol. I, pag. 321-323, Giorgi, *Op. cit.*, II, n. 128, pag. 179-180, quest'ultimo però con qualche limitazione perchè considera la questione più che altro di fatto. **Contra**, sempre limitandomi alla dottrina italiana, Jannuzzi, in nota 1-2 a Sent. 5 Maggio 1877 della Cassazione di Napoli in causa Di Maio c. Di Nicola, inserita in *Foro it.*, Vol. II (1877), col. 864-870.

(3) Così Phil. Matthaeus, *In extremum Pandectarum titulum qui est de diversis regulis iuris antiqui, commentarius* (Marpurgi, Egenolphus 1600) sulla l. 63 di quel Titolo, n. 16, pag. 364, ove dice: « Venuleius per vocem *Improbus* moratorem denotat ». Veggansi poi in particolare Leotardo, *De usuris (editio tertia*, Lugduni, Anisson 1662), quaest. 84, n. 1-6, pag. 473-474 e i molti ivi citati, nonchè Struvio, *Opera*, T. I (Francofurti, Wohler 1748), Dispus. VIII *De purgatione morae* (respondente Michael. Pormanno) Cap. III, n. 35, pag. 152.

realmente par equa, si assurse addirittura all'affermazione della mora, senza pensare che ad ogni modo interessi possono essere dovuti anche ad altro titolo (interessi correspettivi, anzichè moratorî) come si vedrà nella Sezione che segue. Così scrive p. es. il Jannuzzi (1): « Che che si dica, il debitore della somma, pur non ancora liquidata, gode i vantaggi di questa somma fino al giorno che non la consegna al creditore. L'interesse non è forse la retribuzione ordinaria del capitalista? Non è forse la retribuzione pel *non uso* di lui (o come dicono gli economisti per la sua astinenza) e pel profitto che ne cava il possessore in virtù della *attitudine* produttiva del capitale istesso? Non varrebbe pel possessore la scusa di non potere impiegare la somma illiquida, perchè da un giorno all'altro la liquidazione potrà essere esaurita, ed egli si troverà costretto a darla al creditore prima che si pensi, perocchè, quando altra maniera di provvisorio e temporaneo impiego mancasse, il debitore potrà collocare la medesima somma sopra una Banca, in una Cassa di risparmio, o in altri impieghi produttivi, dai quali potrebbe ripeterla a vista ». Tutte buone osservazioni, torno a dire, ma che non fanno che spostare il quesito: resta sempre che non può dirsi moroso il debitore, che non paga finchè ignora senza sua colpa quanto deve, chè l'indugio non è a lui imputabile. Altro è il vedere se non converrebbe ch'egli dovesse tuttavia gli interessi sulla somma che dalla liquidazione risulterà a suo carico per il tempo in cui è durata la liquidazione medesima, quesito del quale si dirà altrove e *in iure condito* e *de lege ferenda*.

Si intende però che, se la liquidazione venisse tirata per le lunghe per dolo o colpa del debitore, l'indugio acquisterebbe subito quel carattere di imputabilità che lo qualifica mora in senso tecnico. Così pure fu giustamente deciso (2) che qualora il *quanto* del debito non sia un'incognita che per il creditore, mentrechè il debitore sa, o deve sapere pel

(1) Jannuzzi, *loc. cit.*, col. 865.

(2) Cfr. cit. sentenza della Cassazione di Napoli e Bertolini, *loc. cit.*, che vi aderisce.

fatto proprio quanto ha riscosso e detiene per conto del creditore, non si può più dire che svanisca il concetto della mora. Tanto sul secondo requisito della *mora solvendi*.

Occorre talora un terzo requisito, cioè un atto di costituzione in mora. Non è questo dunque un estremo sempre necessario. Vuolsi infatti por mente in tale materia alla distinzione fra la cosidetta *mora ex re* e la cosidetta *mora ex persona*. Si parla della prima quando nella mora si incorre *ipso iure*, della seconda quando è necessario un atto di costituzione in mora procedente dal creditore o da un suo legittimo rappresentante.

La mora segue *ex re:*

1°) quando sin dal sorgere dell' obbligazione il debitore è in dolo, perchè il contenuto dell' obbligazione stessa sia la restituzione di cosa onde egli in mala fede privò o lasciò che per lui si privasse il creditore. Così è del ladro, a proposito del quale leggiamo nella l. 8 § 1 D. de condict. furt. 13, 1 di Ulpiano: « semper moram fur facere videtur ». Va pur qui ricondotta la statuizione degli Art. 1147, 1148, per cui nel pagamento dell' indebito l'*accipiens* di mala fede è trattato subito come un debitore moroso (v. s., n. 95, pag. 233-234).

2°) quando l' obbligazione sia a tempo determinato *(dies a quo)*, chè allora, giusta l'Art. 1223, 1° comma « il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione » o, per dirla più in generale, stabilito al sorgere dell' obbligazione. Il termine a partire dal quale si è in mora senz' uopo d' altro lo possiamo trovare in qualche caso stabilito non nell' atto costitutivo dell' obbligazione, ma dalla legge. Così, a proposito del resoconto dovuto dal tutore alla fine della tutela, l'Art. 308 fa nel primo comma l' ipotesi che il tutore risulti in debito e dice: « La somma a cui ascenderà il residuo debito del tutore produrrà interesse dal giorno dell' ultimazione del conto senza che occorra di farne la domanda », domanda necessaria invece per la decorrenza degli interessi a favor del tutore nel caso opposto in cui dal conto risulti egli creditore (Art. 308, capov.). Parimenti per l'Art. 1750 « il mandatario deve gli interessi delle somme che ha impiegato a proprio uso dalla data del fattone impiego ». Orbene,

in questi casi è la legge che fissa il giorno a partire dal quale corrono gli interessi, e qui sì possiam dire, argomentando dall'effetto alla causa, il giorno a partire dal quale il debitore è in mora, perchè non ad altro titolo che di mora possono essere dovuti detti interessi, mentre in tali casi sarebbe ingiusto ed imputabile al debitore ogni ritardo al pagamento. Il tutore, se non fu infedele o in colpa nell'amministrazione dovrebbe pur avere presso di sè, sì da poterle restituire subito, le somme residuali e dolo o almeno colpa c'è nel mandatario che converge a proprio uso le somme ricevute (1). Ma vedremo in seguito come in altri casi invece dal veder fissati per legge gli interessi a partire da un dato giorno taluno a torto risalga al concetto di mora, mentre gli interessi possono essere dovuti ad altro titolo, riserva questa che già abbiamo fatto più sopra nel determinare la portata della massima *in illiquidis non fit mora.*

Ritornando intanto alla regola posta che non occorra atto di costituzione in mora ov'è fissato il termine, avverto che la si suole esprimere coll'adagio *dies interpellat pro homine.* È grave disputa fra' romanisti se tal principio valesse in Diritto romano (2). In Italia, come già nel Diritto comune tedesco, fu sempre accolta quella massima, che parmi altresì razionale, perchè, quando all'obbligazione stessa è inerente un termine, sarebbe superfluo l'esigere una sollecitazione speciale alla scadenza: è il caso di applicare ciò che si legge nella reg. 31 sotto il Titolo de reg. iuris nel Libro VI° *Decretalium*: « Eum qui certus est certiorari ulterius non oportet ». Ha fatto bene pertanto il nostro Codice a sancire tale

---

(1) Ramponi, cit. *La determinazione del tempo nei contratti*, n. 13, pag. 85.

(2) Oltre ai soliti trattati di *Pandette*, nonchè a quelli speciali sulle *Obbligazioni in Diritto romano*, sulla *Mora* e sul *Dies* nel Diritto stesso, vanno consultate fra noi due monografie sull'argomento dei Professori Nani e Fusinato, entrambe inserite nell'*Archivio giuridico*, quella del Nani nel Vol. XI, pag. 211-239, avente per titolo *Sopra la regola dies interpellat pro homine in Dir. romano*, quella del Fusinato nel Vol. XXVIII, pag. 145-155, intitolata *Alcune nuove considerazioni sopra la regola dies interpellat pro homine in Diritto romano*. V. pure Messa, *loc. cit.*, n. 12, pag. 388-389.

massima, dilungandosi in questa parte dal *Codice francese* (Art. 1139), il quale esige l'interpellazione anche se l'obbligazione è a tempo determinato, quando non ci sia un patto speciale che dichiari incorrersi in mora senza bisogno di essa, per solo effetto del termine. Così disponendo il legislatore francese ha a sua volta seguita la tradizione delle consuetudini patrie e la dottrina dei giureconsulti nazionali, eccettuati Donello, Cuiacio, Molineo (1). Come a lor volta le legislazioni germaniche, in omaggio alle patrie tradizioni, accolsero, al pari del Codice nostro, la regola *dies interpellat pro homine*. Ricordo fra queste il *Codice austriaco* (§ 1334), il *Landrecht prussiano* (I, 16, §§ 20, 21, 67), il *Codice sassone* (§§ 733, 736), il nuovo *Codice civile germanico* (§ 284). Sta pure in questo ordine di principî il *Codice svizzero delle obbligazioni* (Art. 117).

Fra i testè citati Codici è lodevole l'*austriaco*, per il quale il principio ha da valere non solo se il termine risulti stabilito per contratto, ma anche se per legge (2), più lodevole ancora il *prussiano*, che contempla il caso di termine fissato o per legge o per *dichiarazioni di volontà* (3), lodevolissimo il nuovo *Codice germanico*, che usa termini generici così da doversi il canone *dies interpellat pro homine* applicare sia qualsivoglia il fondamento originario dell'obbligazione (un negozio giuridico, la legge, una sentenza) (4). Infatti l'accennato motivo che sta a base del canone in questione ricorre in tutti i casi ugualmente (5). D'altra parte mi par censu-

---

(1) Cfr. Nani, *loc. cit.*, § 1, pag. 212, nota 2.

(2) *Codice austriaco* § 1334: « La mora è generalmente imputabile al debitore se non paga nel giorno dalla legge o dalla convenzione stabilito pel pagamento ecc.

(3) *Allgem. preuss. Landrecht* I, 16, § 67: « In allen Fällen, wo durch Gesetz oder Willenserklärungen ein Zahlungstag bestimmt ist, nimmt der Lauf der Zögerungszinsen von diesem Tage seinen Anfang ».

(4) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, § 284 capov. « Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet ». E sulla massima estensione da darsi a tale disposto cfr. i *Motivi* sul Codice stesso nel cit. Haidlen, I. pag. 348.

(5) Cfr. i citati *Motivi* sul Codice germanico in Haidlen, *loc. cit.* Viceversa di solo termine contrattualmente stabilito parlano il Codice *sassone* e lo *svizzero* ai luoghi citati. Ligi perciò alla lettera, i Sigg. Schneider e Fick, cit. *Das schweizerische Obligationenrecht*, I, sull'Art. 117, n. 3, pag. 245

rabile la limitazione apportata dal nuovo *Codice germanico* (1), e prima di esso dal *Codice sassone* (2), che debba trattarsi di un termine fissato dietro il calendario. Plausibile invece, a parte questa specificazione del calendario, è l'aggiunta di entrambi questi Codici, che si abbia a pareggiare al caso di un termine già stabilito, quello di un termine fisso che dovrà correre a partire da una previa interpellazione. Analogamente in questa parte il *Codice svizzero* (3).

Si ha invece la *mora ex persona* se l'obbligazione è a tempo indeterminato. Allora, giusta l'Art. 1223, ult. capov., « il debitore non è costituito in mora che mediante un'intimazione od altro atto equivalente ». Intimazione è l'interpellazione fatta a ministero di un pubblico ufficiale all'uopo autorizzato: gli atti equivalenti possono essere giudiziali (citazione, precetto, cfr. Art. 2125) o stragiudiziali. Si disputa se basti a ciò una lettera missiva; ragionevolmente inclina ad ammetterlo la dottrina prevalente (4). Quello ch'è certo

---

(2ª ediz.) dichiarano occorrere secondo il codice svizzero l'interpellazione del debitore per costituirlo in mora se il giorno della scadenza dell'obbligazione è fissato dalla legge anzichè per accordo delle parti.

(1) cit. § 284 capov.

(2) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 736: « Ohne Mahnung geräth der Verpflichtete sofort mit Ablauf der Zeit in Verzug, wenn für die Erfüllung der Forderung eine nach dem Kalender bestimmte oder nach demselben in Folge vorausgegangener Kündigung sich bestimmende Zeit durch Vertrag festgesetzt ist, und der Verpflichtete nicht erfüllt ».

(3) V. il testè citato § del *Codice sassone*. Quanto al *Codice germanico*, il § 284 capov. alle parole dianzi citate fa seguire le seguenti: « Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt ». Finalmente il *Codice svizzero* all'Art. 117 capov. così si esprime: « Quando il giorno dell'adempimento sia stato stabilito (nella redazione tedesca *verabredet*) o risulti determinato da un avvertimento preventivamente convenuto e debitamente fatto, il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno.

(4) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 56, pag. 79-80 (1. ediz.), Chironi, *Istituz.* II, § 279, pag. 39 e *Colpa contratt.*, n. 331, pag. 728, Ramponi, *Op. cit.*, n. 42, pag. 83, Messa, *Op. cit.*, n. 21, pag. 393. Contra Borsari, cit. *Comment.*, sull'Art. 1223, § 3153, pag. 556 del Vol. III, parte II, Ricci, cit. *Comment.*, Vol. VI, n. 209, pag. 278-279 (2. ediz.) e Lomonaco, cit. *Obbligazioni*, Vol. I, n. 105, pag. 445. Veggansi inoltre gli autori francesi e le sentenze ivi citate in vario senso.

si è che un invito verbale non terrebbe, non essendo un atto equipollente ad un' *intimazione*. Vi corrisponderebbe invece perfettamente una ricognizione della propria mora fatta per iscritto dal debitore (1).

Vi ha un caso in cui eccezionalmente occorre l' intimazione od altro atto equipollente benchè trattisi di obbligazione a termine fisso, ed anzi nemmeno subito dopo l'interpellazione ma solo scorsi da essa otto giorni si è costituiti in mora. Ciò avviene nei riguardi degli eredi del debitore, dato che il termine scada dopo la morte di lui (Art. 1223, 1. capov.). Ed è ragionevole: l'erede può aver ignorata l'esistenza del debito; quindi la necessità di un atto che lo porti a sua notizia e di un certo tempo a partire da quell' atto perch' egli prepari i mezzi onde pagare.

Detto dei requisiti, passiamo ad esaminare gli effetti della mora del debitore.

121. Gli effetti caratteristici della mora, considerata nel suo significato tecnico di ritardo colpevole nell' adempimento dell' obbligazione, non sono che due, l' obbligo del risarcimento dei danni e la sopportazione del rischio e pericolo. Quanto al risarcimento dei danni, per regola nelle obbligazioni pecuniarie consiste nella prestazione degli interessi, detti appunto di mora o moratorî. Ma di ciò più a lungo nella Sezione che segue. Quanto al passaggio del rischio e pericolo nel debitore *(perpetuatio obligationis)* (Art. 1219 capov., 1247 e 1298), ne abbiamo già toccato parlando del caso (v. s. n. 95, pag. 231-234), e notammo altresì come se ne possa esonerare il debitore provando che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore ancorchè l' obbligazione fosse stata regolarmente e tempestivamente adempiuta. Qui poniamo in rilievo la ragionevolezza così del principio come della limitazione appostavi. Per dir meglio intanto è plausibile il principio inquanto lo accompagna la predetta limitazione. Scrive infatti benissimo lo Schupfer a proposito del Diritto romano, rela-

---

(1) V., fra tanti, Pacifici-Mazzoni, cit. *Istituz.*, Vol. IV, n. 103, pag. 193, Chironi, cit. *Colpa contr.*, n. 334, pag. 728.

tivamente al quale, come vedremo, si discute sull'ammissibilità di quella prova a discarico del debitore: « Io credo che la cosidetta *perpetuatio obligationis,* come conseguenza di quel supremo principio della mora, che cioè l'obbligo del debitore moroso sia d'indennizzare il creditore di ogni danno derivante dalla mora, ovverosia prestargli tutto ciò che questi avrebbe avuto senza di essa, debba necessariamente sottostare a tutte le limitazioni portate dal principio medesimo da cui deriva. Perciò quella perpetuità della obbligazione deve patire una eccezione nel caso suaccennato, in cui l'oggetto sarebbe perito ugualmente pel creditore anche senza la mora del debitore » (1). E analogamente il Coviello: « È chiaro che anche qui non si risponde del caso fortuito, ma della colpa che costituisce l'essenza della mora: il debitore risponde della perdita della cosa, non perchè seguìta *post moram,* ma perchè seguìta *propter moram.* Infatti tra l'impossibilità della prestazione e la mora corre quel nesso causale che fa perdere all'avvenimento la qualità di fortuito. Se la mora non fosse stata, la perdita non sarebbe avvenuta: quindi la causa vera non è tanto l'avvenimento quanto l'inadempienza colposa. La colpa dunque contenuta nella mora, benchè per via indiretta e negativa, ha cagionato l'impossibilità della prestazione. Ma quando la cosa sarebbe perita anche se consegnata a tempo debito, allora ancorchè esista la mora e quindi la colpa, questa non ha avuto nessuna efficacia nemmeno indiretta a produrre il danno, appunto perchè questo sarebbe avvenuto anche senza di essa: manca perciò il nesso causale fra la colpa e il danno, e quindi non vi può essere responsabilità, perchè si ha un vero caso fortuito, cioè mancanza completa di colpa relativamente al danno avvenuto » (2).

Contro il temperamento a favore del debitor moroso quando provi che la cosa sarebbe ugualmente perita (o deteriorata) presso il creditore si potrà opporre, e fu opposto (3) che in ma-

---

(1) Schupfer, cit. *Diritto delle obbligazioni*, pag. 244.

(2) N. Coviello, *Op. cit.*, pag. 381-382.

(3) Cfr. su di ciò Ferrini, cit. *Obbligazione* in *Enciclopedia giurid. ital.* Vol. XII, Parte I, n. 424, pag. 617.

teria di risarcimento vale il principio, conforme alla logica giuridica, del perdurare il diritto al risarcimento benchè dopo avvenuto il fatto produttore del danno sorga un altro fatto che lo avrebbe ugualmente prodotto. È l'ipotesi contemplata dalla l. 7 § 4 D. quod vi aut clam. 43, 24 di Ulpiano: ho demolita la casa del vicino: gli devo la rifusione dei danni e l'obbligo mio continua benchè posteriormente venga a scoppiare, pongasi in quel quartiere, un incendio così esteso, che la casa stessa vi sarebbe certo perita. Se è giusto che non si possa sfuggire in tale caso all'obbligo del risarcimento invocando simili circostanze per effetto delle quali il proprietario si troverebbe danneggiato ugualmente, dovrebbe, si dice, valere lo stesso nel caso della mora. Rispondiamo che fra i due casi apparentemente identici è così profonda la differenza, da giustificare pienamente la diversità di trattamento. Dalla distruzione della casa contemplata nella citata legge di Ulpiano è sorta definitivamente un'obbligazione di risarcimento, obbligazione generica e precisamente pecuniaria, avente dunque un oggetto che *numquam perit:* la casa in natura oramai non la si può più dare ed è anzi per questo e da questo che originò il debito. Naturale pertanto che sulla sorte di questo debito, avente tutt'altro oggetto dalla casa, non possa avere alcuna influenza la considerazione di ciò che per fortuiti posteriori eventi sarebbe avvenuto della casa stessa nelle mani del suo proprietario. Invece nell'ipotesi della mora, e pendente la mora medesima, continua l'originaria obbligazione di cosa determinata nell'individuo, che non si trasformerà in obbligazione generica se non quando il caso fortuito sopravvenga a rendere impossibile la prestazione in natura. E però si capisce che *fino a quel momento* si guardi quale sarebbe stata la sorte di quella precisa *res debita* pur nelle mani del creditore (1). *Fino a quel momento*, ho detto, perchè da quel momento in poi, sorta l'obbligazione generica dei danni, credo dovrebbero rivivere in tutta la loro efficacia le considerazioni fatte poc'anzi a giustificare il passo di Ulpiano, e ciò ad onta della generalità

(1) Si confronti per considerazioni analoghe Ferrini, *loc. cit.*

dei termini dell' Art. 1298. 1. capov. Punto questo che non veggo avvertito da altri, ma che a me sembra della maggior importanza per ben delimitare il principio che stiamo illustrando. Se dunque la cosa dovuta fortuitamente perisce durante la mora del debitore, questi potrà salvarsi da responsabilità provando che *o prima ancora* (per altro fortuito) *od allora* (per effetto del fortuito medesimo) essa sarebbe ugualmente perita presso il creditore cui fosse stata a suo tempo prestata; nol potrà invece provando che *successivamente* sarebbe perita presso il creditore per un nuovo infortunio sopravvenuto (1). Parmi che questa conclusione si avvalori colla motivazione data nel citato passo di ULPIANO a giustificare le soluzioni diverse di due casi ivi contemplati. Infatti accanto all' ipotesi già discorsa di distruzione della casa del vicino che *in processo di tempo* sarebbe ugualmente perita per incendio, dove si è visto durare l' obbligo del risarcimento, vi si fa l' altra di demolizione della casa stessa in occasione di un incendio che si sarebbe indubbiamente ad essa propagato e la avrebbe ugualmente distrutta, e in questo caso per la contemporaneità, anzi per l'unicità dell' infortunio si dichiara cessare l' obbligo del risarcimento « *quia non ex postfacto, sed ex praesenti statu damnum factum sit, neque aestimari oportere, Labeo ait* » (2).

L' equa disposizione che abbiamo sin qui illustrato, per effetto della quale viene mitigata la responsabilità del debitore moroso è dubbio se valesse in Diritto romano. Dal tempo dei Glossatori in poi si è sempre disputato in proposito: l' opinione più favorevole al debitore, che pare d'origine sabiniana (3), aveva fautore MARTINO, l'altra, più rigorosa che par d' origine proculiana (4), vantava l' appoggio di GIOVANNI BASSIANO, per non

---

(1) Cfr. i Motivi sul § 287 del nuovo *Codice germanico* in HAIDLEN, *Op. e Vol. cit.*, pag. 352-353.

(2) Cf. da ultimo sui due casi contemplati nella l. 7 § 4 D. quod vi aut clam, 43, 24 HASS, *Ueber die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse* in *Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts* del 1897, II Folge, I Bd. (pag. 327-484) pag. 412-413.

(3) Cfr. FERRINI, *loc. cit.*, pag. 618.

(4) FERRINI, *ibid.*

dire che dei Glossatori (1). La soluzione più benigna pel debitore, accolta da noi, si può dire oggimai dominante nelle legislazioni più disparate (2). Le quali tuttavia, non esclusa la nostra, lasciano in generale aperto l'adito ad una ulteriore questione, che si trovava invece esplicitamente risoluta in quel progetto di legge sulle obbligazioni per gli Stati della Confederazione germanica, che comparve nel 1864 e che va sotto il nome di *Progetto di Dresda* dalla città dove la Commissione compilatrice si raccolse (3). La questione è la seguente. Basterà al debitore per esonerarsi da responsabilità dimostrare che la cosa sarebbe perita ugualmente anche s'egli la avesse consegnata a suo tempo al creditore, o dovrà per di più sobbarcarsi alla prova che il creditore avrebbe conservata la cosa fino al momento in cui la colpì il fortuito? Perchè evidentemente nessun danno oggi risentirebbe il creditore, ad onta del fortuito medesimo, se risulti che, qualora avesse ricevuta la cosa alla scadenza dell'obbligazione, egli nel frattempo, cioè prima dell'infortunio, se ne sarebbe spogliato alienandola ad altri. Incomberà, ripeto, al debitore moroso per liberarsi dall'obbligo del risarcimento il dimostrare che *il creditore non avrebbe alienata* nel frattempo la cosa, o sarà invece il creditore che dovrà in via di replica provare per conservarsi il diritto al risarcimento *ch'egli avrebbe alienata* la cosa stessa prima dell'infortunio se l'avesse avuta a suo tempo dal debitore? In questo secondo senso decideva la questione il citato *Progetto di Dresda* (4) e

---

(1) V. Haenel, *Dissensiones dominorum* (Lipsiae Hinrich 1834), Cod. Chis., § 23, pag. 138-139 e Rivalta, *Dispute celebri di Diritto civile* (Bologna, Zanichelli 1895), Disputa XVI, pag. 177-183, ove è presentato l'ulteriore svolgimento delle opposte teoriche nella dottrina intermedia.

(2) *Cod. francese*, Art. 1302, *Allgem. preuss. Landrecht*, I, 16, § 18, I, 7, § 241, I, 21, § 251, *Codice sassone*, §§ 745, 307, *Codice svizzero delle obbligazioni*, Art. 118 capov., *Codice germanico del 1896*, § 287, *Codice giapponese*, Art. 335 capov. e 541 capov., *Codice del Messico*, Art. 1557, del *Chile*, Art. 1672, capov., ecc. Il *Codice austriaco* applica il principio in discorso ai casi speciali del depositario (§ 965) e del possessore originariamente di buona fede che, per ritardare la restituzione della cosa al proprietario, si impegna in una lite temeraria (§ 338), ma tra i commentatori di quel Codice c'è chi si rifiuta a generalizzare il principio alla mora in tutte le obbligazioni: così p. es. Hasenöhrl, *Op. cit.*, II Bd., I Abth. (1886), § 83, pag. 336.

(3) Tengo sott'occhio questo progetto com'è uscito dalla prima lettura, *Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse* (Stuttgart, Cotta 1864-65).

(4) *Dresd. Entwurf*, Art. 297: « Der Schuldner haftet auch für die während des Verzuges durch Zufall ganz oder theilweise eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung. Ist eine Sache Gegenstand der Verbindlichkeit, so ist der Schuldner von dieser Haftpflicht befreit, wenn er beweisen kann

la decidono pure taluni in ordine al Codice nostro (1). Vi hanno invece commentatori del Codice francese e del nostro che ritengono trattarsi qui di una questione di fatto da rimettersi volta per volta all'apprezzamento del giudice (2), il quale si regolerà secondo le circostanze, presumerà facilmente, per esempio, come già notava il POTHIER, che la cosa non sarebbe ugualmente perita presso il creditore, se questi sia un commerciante che la aveva comperata per rivenderla (3). Finalmente c'è chi addossa l'onere anche di questa prova al debitore senz'altro (4), ed è questa l'opinione ch'io adotto dietro i seguenti riflessi. Non sarebbe giusto che al creditore, il cui diritto fu messo in pericolo dalla mora del debitore, dovesse per soprappiù addossarsi una prova difficile di circostanze ipotetiche. E poi il nostro Art. 1298 (1302 Cod. fr.) dice chiaramente che il debitore è liberato solo se la cosa sarebbe *ugualmente perita presso il creditore*. È questo il caso fortuito ch'egli allega e che secondo il 2° capov. dell'Articolo in esame tocca a lui di provare, ma di provare per tutta quella estensione di effetti per cui egli lo invoca a suo scarico; onde dovrà egli dimostrare che il fortuito avrebbe trovata la cosa *ancora presso il creditore* ove gli fosse stata consegnata in tempo debito (5). Credo poi fondata questa conclusione anche nel Diritto romano sovrattutto per un argomento analogico che si desume dalla l. 3 § 3 D. de act. emt. et vend. 19, 1 di POMPONIO, e che è tanto forte da aver fatto ricredere il WINDSCHEID, il quale prima avea sostenuta la tesi diametralmente opposta (6). Vi si suppone che durante la mora avvenga una diminuzione di prezzo della cosa dovuta, e si accorda al creditore di pretendere il più alto valore che durante la mora aveva avuta la cosa, e ciò senza punto imporgli di provare ch'egli quella cosa, se consegnata in tempo, l'avrebbe venduta prima che rinvilisse. Tuttavia non disconosco che si rende così molto difficile la posizione del debitore, dal momento che gli si domanda una prova d'indole negativa, che cioè il creditore non avrebbe alienata la cosa prima dell'infortunio. È una prova, nota il SAVIGNY, sostenitore in Diritto comune dello

---

dass der Zufall auch bei zeitiger Erfüllung die Sache bei dem Gläubiger getroffen haben würde. *Behauptet der Gläubiger, dass er die Sache vor dem Eintritte des Zufalls veräussert haben würde, so liegt ihm der Beweis dieser Behauptung ob* ».

(1) Così p. es. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 381, MESSA, *Op. cit.*, n. 59, pag. 402.

(2) Così LAURENT, cit. *Principes*, XVIII, n. 522, pag. 530, GIORGI, *Op. cit.*, Vol. VIII, n. 134, pag. 200 (4. ediz.).

(3) POTHIER, cit. *Tr. des Obligations*, n. 664, pag. 205.

(4) Per tacere dei romanisti, mi basterà ricordare in questo senso per ciò che riguarda il Codice francese, corrispondente al nostro, CROME, *Op. cit.*, § 15, testo e nota 45, pag. 150.

(5) CROME, *loc. cit.*

(6) V. WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 280, nota 14, pag. 85-86 (7ª ed.).

stesso nostro principio, che potrà darsi soltanto assai di rado e per recarne un esempio egli è costretto a configurarsi o che la *res debita* fosse inalienabile (come sarebbe il fondo dotale) o che il creditore in tutto il tempo che durò la mora abbia vissuto lontano dalla patria senza lasciare un procuratore che potesse vendere in suo nome (1). Ma io non so se proprio si debba spingersi a tali estremi che renderebbero quasi illusorio il temperamento adottato in favore del debitore. Credo si debba piuttosto utilizzare quella parte di vero che c' è pure nella seconda delle opinioni dianzi accennate, la quale affida interamente al giudice l' apprezzamento delle circostanze perchè considera la questione come questione di fatto. È bensì vero, io dico, che tocca al debitore fornire la predetta non facile prova, ma nel nostro sistema probatorio stanno fra gli altri mezzi le presunzioni *hominis vel iudicis*, e quindi potrà bastare che il debitore alleghi circostanze gravi, precise e concordanti atte ad infondere nel giudice la persuasione della verità del suo assunto (Art. 1354).

Riassumendo, quando la cosa dovuta fortuitamente perisce (o si deteriora) durante la mora, la legge presume il nesso causale fra la mora e il danno, che vuole pertanto interamente risarcito dal debitore. Ma è presunzione *iuris tantum*, inquanto cede dinanzi alla prova che il creditore quel danno lo risentirebbe oggi ugualmente perchè, pur adempiuta esattamente l' obbligazione, il fortuito avrebbe trovata e colpita la cosa nelle sue mani (seppure già prima non fosse per avventura perita presso di lui). Si fa ora dunque palese quanto la sopportazione del rischio in caso di mora (e così dicasi generalizzando in tutti i casi nei quali il debitore versa già in istato di dolo o colpa), *per questo nesso causale* presunto che ne è il motivo logico, si accosti all' ipotesi di *casus dolo seu culpa determinatus*, che per pura ragione sistematica ne abbiamo a suo luogo tenuto distinto (v. s. n. 95, pag. 231-232). In fondo la sola differenza sta in ciò che nelle ipotesi or ora studiate il *nesso causale* è (o si suppone che sia) *fra la colpa* (o la mora che le equivale) *e il danno conseguente al fortuito*, mentre nel *casus dolo seu colpa determinatus* il nesso è addirittura *fra la colpa* (o il dolo) *ed il fortuito*, inquanto il fortuito stesso fu provocato od occasionato dalla precedente colpa (o dolo) del debitore.

---

(1) Savigny, cit. *Sistema del Dir. romano attuale*, trad. Scialoia, Vol. VI (1896), § 274, pag. 215-216.

Senonchè il legislatore ha creduto bene di gravare la mano sul debitore per causa di furto: il ladro, già lo vedemmo, *semper moram facere videtur* (v. s., n. 120, pag. 319), ma non basta; egli è un tal debitore moroso che risponde sempre del fortuito, anche se potesse provare che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il derubato. È così infatti che va inteso l'ultimo capoverso dell'Art. 1298, che suona: « *In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata*, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta dal restituirne il valore ». Disposizione identica a quella che si legge nell'ultimo capoverso del corrispondente Art. 1302 del Codice francese.

Ma siffatta disposizione non mi sembra plausibile. I rapporti fra il derubato e il ladro sono pel Diritto civile quelli di creditore e debitore, mentre è la legge criminale che colpisce il ladro come delinquente e gli infligge la pena. Ciò posto, accordando al derubato il diritto al risarcimento anche se la cosa sarebbe ugualmente perita presso di lui, nè vi ha più dunque alcun nesso causale fra la mora del debitore e il danno del creditore, quest'ultimo viene ad avvantaggiarsi *sine causa*, in altre parole fa un indebito lucro. La legge civile che dovrebbe regolare il risarcimento del danno, inquanto questo realmente sussista, diventa così ministra di una pena in aggiunta a quella già sancita dal Codice penale. Il Laurent non disconosce che in tal guisa il proprietario viene ad arricchirsi a spese del ladro, trova che in teoria è censurabile la statuizione di cui stiamo occupandoci, e tuttavia la giustifica osservando che non deve il ladro potersi scusare invocando il caso fortuito, « che per lo più il proprietario derubato non ha che un'azione irrisoria, perchè il ladro è insolvibile ed ha fatta scomparire la cosa rubata, onde pare equo che il proprietario abbia un compenso quando la cosa perisce nelle mani del ladro, e questi sia per avventura solvibile » (1). Ma questo sistema di compensare condizioni di fatto siano pure frequenti, con l'adottare in circostanze diverse una norma di Diritto per sè stessa riconosciuta ingiusta, parmi del tutto antigiuridico. Non più felici mi sembrano le giustificazioni di quella massima tentate da altri pur valorosi scrittori. Udiamo il Giorgi: « Nè si gridi all'ingiustizia, quasichè il derubato venga a locupletarsi a danno del ladro se la cosa fosse perita ugualmente presso lui. Tanta tenerezza per i ladri non è davvero ragionevole, ponendo mente che niuno ritiene ingiusti i patti o le disposizioni di legge che talvolta addossano i fortuiti al debitore. Solo dunque in benefizio dei ladri diremo ingiusta

---

(1) Laurent, cit. *Principes*, XVIII, n. 523, pag. 531-532.

questa sorte di disposizioni? » (1). Rispondo che altro è il dire non essere *in sè e per sè* cosa immorale ed ingiusta lo spostamento del pericolo dal creditore al debitore, altro il decidere se lo sia in un determinato caso. Certo tiene il patto per cui in un titolo obbligatorio si addossano i rischi al debitore perciò appunto che il contenuto di esso nulla ha di contrario, secondo lo spirito della nostra legislazione, alla legge o al buon costume, e però non vi ha ragione perchè non debba valere in proposito il principio della libertà contrattuale. Ma altro è quando interviene la legge ad imporre essa simile spostamento. Occorrono a ciò molto forti motivi e questi non vengono forniti dagli avversari, chè l'avversione contro i ladri, se si presta a tirate d'effetto, non è per sè sola un argomento giuridico. Potrei anche osservare al Giorgi, il quale nella sua asserzione di spostamenti del pericolo fissati per legge si richiama a quanto egli stesso avea scritto nel Vol. II, n. 11, potrei, dico, osservargli che i casi da lui ivi elencati sono quelli in cui lo spostamento deriva da *stima* concomitante al contratto, e che in essi la legge non fa che rettamente interpretare la volontà delle parti stesse, della quale la stima predetta è l'indice (v. s., n. 94, pag. 230-231): ond'è inconcludente l'invocarli nel tema nostro a titolo di esempio. D'altro genere è la giustificazione addotta dal Ferrini. Egli scrive: « Molto bene il codice stabilisce che in qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita non dispensa colui che l'ha sottratta dal restituirne il valore. La mora qui s'incorre *ipso iure,* subito, col delitto. Quindi qui non gioverebbe al debitore provare che la cosa sarebbe ugualmente perita appo il proprietario se il furto non fosse avvenuto... Invero qui col delitto è stato offeso il domino ed è stata creata una ragione di risarcimento che non può venir meno per eventi posteriori » (2). In questo ragionamento dell'illustre romanista non esiste, o io mi inganno, connessione logica fra la premessa e la conclusione. Il ladro è subito in mora, e sta bene, ma ciò riguarda il *momento* in cui questo debitore dovrà considerarsi moroso e non dovrebbe avere a che fare con gli *effetti* della mora: questi effetti comincieranno da allora, d'accordo, ma perchè poi dovranno essere diversi e più gravi di quelli a cui sottosta qualsiasi altro debitore moroso? Col delitto è stato offeso il domino, si dice, ed è stata creata una ragione di risarcimento che non può venir meno per eventi posteriori. Ma questa non è una spiegazione, bensì il punto che si trattava proprio di dimostrare. Certo non si vorrà alludere con quelle parole ad una equiparazione del caso in questione con quello in cui il debitore abbia distrutta la cosa dovuta, dal che, giusta la l. 7 § 4 D. quod vi aut clam, 43, 24 sopra ricordata, vedemmo sorgere de-

---

(1) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. VIII, n. 135, pag. 202 (4ª ediz.). Analoghe osservazioni si leggono, fra altri, in Borsari, cit. *Commentario*, Vol. III, Parte II, § 3259, pag. 705 e in Lomonaco, cit. *Obbligazioni*, II, n. 169, pag. 473 e sgg.

(2) Ferrini, *Obbligazione* (in *Encicl. giur. it.*, *loc. cit.*), n. 424, pag. 620.

finitivamente l'obbligo al risarcimento, che permane anche se si provi che per posteriori eventi la cosa sarebbe ugualmente perita presso il proprietario (creditore). L'equiparazione infatti sarebbe sbagliata perchè in quest'ultimo caso la prestazione in natura si è resa impossibile, ed anzi da ciò è sorto l'obbligo del risarcimento a danaro a carico del debitore, mentre invece l'azione del derubato è diretta a riavere la cosa in natura, e si convertirà nel diritto al risarcimento solo nel momento e dal momento in cui poscia il fortuito la distrugge.

Rimane adunque ingiustificato il rigore a carico del ladro risultante dalla disposizione dell'ultimo capoverso dell'Art. 1298 (1302 Cod. fr.), onde meritano plauso quelle legislazioni, pure improntate dal più al meno sul Codice francese, che in questa parte se ne allontanarono. Tale p. es. il *Codice giapponese* (1).

Colpiti dall'ingiustizia del principio che abbiamo sin qui censurato, alcuni pochi interpreti del Codice francese hanno voluto sostenere che l'Art. 1302 ultimo capov. del Codice stesso non può aver inteso e non intese di accoglierlo, e ch'esso ha invece un ben diverso significato. Il legislatore cioè volle ivi stabilire che il ladro, costituito in mora pel fatto stesso del furto, è necessariamente tenuto pei casi fortuiti e di forza maggiore, senza che sia d'uopo esaminare se è per colpa o senza colpa del debitore che la perdita ha avuto luogo. Ma non essendo egli responsabile dei rischi che a motivo della sua mora (nella quale incorre tosto di pien diritto) l'eccezione stabilita dal 2° alinea dell'Art. 1302 gli è perfettamente applicabile (2). Basta la lettera del capoverso in questione e la evidente connessione di esso col precedente ad escludere questa forzata interpretazione, contro la quale sta inoltre il precedente potentissimo di ciò che

---

(1) Questo Codice al Libro I *(Livre des biens)* Art. 381 ultimo capov., stabilisce solo che è immediatamente ed *ipso iure* in mora « celui qui est tenu par un délit de rendre une chose ou des valeurs appartenant à autrui ». Ed è questa la sola affermazione giusta, e ragionevolmente estesa da questo Codice ad altri reati oltre il furto, come appare dalle parole ora riferite. Invece *deliberatamente* si tralasciò di riprodurre il principio dell'Art. 1302 ult. capov. del Codice francese, come risulta dal Commento che il Boissonade, autore del Codice giapponese, sottoponeva all'Art. 562, Libro II, II Parte del Progetto *(Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par* M. G. Boissonade, 2ª édit., T. II (Tokio 1883), n. 612, pag. 729-730.

(2) In questo senso Duranton, cit. *Cours de Dr. civ.* T. VII (edizione belga, XII dell'ediz. francese) n. 506, pag. 218-219, Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. IV (Paris, Delhomme senza indicazione d'anno: la prefazione al I. Volume porta la data del 1840, il 7° ed ultimo volume la data del 1848), pag. 428-429, Aubry e Rau, *Op. cit.*, T. IV, § 331, testo e nota 6, pag. 244.

lasciò scritto in proposito il solito ispiratore del Codice francese, cioè il Pothier: « On n'entre point dans la discussion de savoir si la chose serait perie également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ou ravies: ils sont tenus indistinctement du prix de la chose, lorsqu'elle est périe entre leurs mains; l. fin. ff. de cond. furt; l. 19 ff. de vi et vi arm. quod ita receptum odio furti et violentiae » (1). Finalmente trovo da osservare che, posta la interpretazione che sto combattendo, il capoverso ultimo dell'Art. 1302 Cod. fr. (1298 Cod. nostro) rappresenterebbe un non senso, conterrebbe anzi una manifesta contraddizione in termini. Avvenuta la perdita della cosa il ladro non potrebbe provare che avvenne senza sua colpa, per fortuito o forza maggiore, questo si fa dire a quel capoverso, questa è l'aggravante che si sostiene contenuta ivi a suo danno, ma poi gli si permette di esonerarsi da ogni obbligo provando che la cosa sarebbe ugualmente perita per il fortuito presso il proprietario creditore. Non è distruggere così con una mano ciò che si è creato con l'altra? Ogni aggravante pel ladro, contrariamente alla volontà manifesta del legislatore, scomparirebbe in tal guisa, lo si verrebbe a porre nell'identico piede d'ogni altro debitore moroso, il quale, pure non essendo un ladro, vedemmo non potersi salvare con la sola allegazione del fortuito, bensì con l'allegare un tal fortuito, che avrebbe colpita e trovata la cosa presso il creditore anche se l'obbligazione fosse stata a suo tempo adempiuta, e ciò giusta le norme probatorie di cui si è fatta più sopra applicazione all'argomento in esame.

Quel certo carattere punitivo ed odioso che ispira il capoverso concernente il ladro ha fatto sostenerne a taluno la inapplicabilità agli eredi di lui, a favor dei quali rivivrebbe la facoltà di eccepire che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il proprietario (2). Ma, benchè a torto infiltrata da una vena di penalità, resta sempre che siamo di fronte ad una norma concernente l'*azione civile* derivante dal reato, ed essa perciò conserverà in confronto agli eredi del ladro la medesima estensione che aveva in confronto di lui, e quindi la stessa insofferenza di quelle tali eccezioni che da lui non si sarebbero potute opporre (3). Invece è per noi indubitato che

---

(1) Pothier, cit. *Tr. des obligations*, n. 664, pag. 205.

(2) Così Toullier, *Le Droit civil français*, etc. Liv. III, Tit. III, n. 468 (T. IV, pag. 163 dell'edizione belga, Bruxelles, Meline-Cans 1848).

(3) Cf., fra tanti, Larombière, *Op. cit.*, T. V, sull'Art. 1302, n. 14, pag. 264, Giorgi, *Op. cit.*, Vol. VIII, n. 136, pag. 202 (4. ediz.).

l' eccezionalità, anzi l' esorbitanza di quella norma non comporta la si estenda ad altre figure di reato, per quanto affini, non all' appropriazione indebita, non alla truffa e simili (1).

Tanto sulla sopportazione del rischio per parte del debitore conseguente alla mora. È ad essa che allude la frase *mora perpetuat obligationem* (2). Sarebbe infatti erroneo l' interpretare questa *perpetuatio obligationis* nel senso che la mora renda imprescrittibile l'azione, mentre invece dal momento in cui l' individuo è costituito in mora la prescrizione prende il suo corso (3). Certo che trattandosi di *mora ex persona* occorrerà un nuovo intero periodo prescrizionale acciò la prescrizione si compia, chè quella che trovavasi in corso al momento della costituzione in mora viene col relativo atto interrotta (Art. 2125).

Risarcimento dei danni e sopportazione del rischio dicemmo essere i due soli effetti caratteristici della *mora solvendi*. Infatti troviamo bensì che nei contratti bilaterali la mora di una parte dà diritto all' altra, che dal canto suo è in regola perchè ha eseguita od è pronta ad eseguire la sua prestazione, a chiedere la risoluzione del contratto a tenore degli Art. 1165 del Codice civile, 42 del commerciale. Ma questo non è, a ben guardare, un effetto specifico della mora in senso tecnico, perchè lo produce anche la mora in senso lato, in altre parole il ritardo non colposo. Erra d' altra parte chi tra gli effetti della mora pone, trattandosi di obbligazione alternativa, la perdita del diritto di scelta per parte del debitore. Non ho a questo proposito che da richiamare quanto ho esposto nel n. 11 a pag. 115-116.

122. Poche parole sulla *purgazione della mora solvendi*. Essa ha luogo quando il creditore espressamente o tacitamente

---

(1) Cfr. gli autori citati nella nota precedente. È notevole dunque che l' inapplicabilità a delinquenti diversi dal ladro trovasi sostenuta pure da Autori, come il GIORGI, favorevoli alla massima dell'Art. 1298 ult. cap. **Contra** FERRINI, al quale pare questione di coerenza lo spingere fino a questo punto l' applicazione di un principio, che vedemmo da lui con tanto calore difeso, anzi lodato come una norma di ragion naturale, *loc. cit.*, n. 424, pag. 620.

(2) Cfr. l. 24 § 2. D. de usur. 22, 1, l. 91 § 3 D. de verb. oblig. 45, 1, l. 58, § 1 D. de fideiuss. et mandat. 46, 1, tutte e tre di PAOLO.

(3) MOLITOR, *Op. cit.*, T. I, n. 231, pag. 426 e segg., ove è combattuto il MÜHLENBRUCH.

rinunzia a prevalersene. Senza entrare qui in soverchi dettagli che presupporrebbero oltre a tutto la conoscenza del modo onde funzionano certe cause di estinzione delle obbligazioni (es. il quesito se la novazione importi detta rinuncia), mi basterà ricordare che anche qui trovano applicazione i principi generali che le rinuncie non si presumono, nè sono suscettive di interpretazione estensiva. La rinuncia tacita si desumerà da atti incompatibili con gli effetti o con taluni degli effetti della mora (1). Ha luogo altresì la purgazione quando venga adempiuta l'obbligazione, nel quale caso però gli effetti che sino a quel momento la mora aveva prodotti perdurano. E perdurano senz'uopo di esplicita riserva. Con l'accettare ciò che formava l'oggetto originario dell'obbligazione, il creditore ha consentito solo un pagamento parziale dell'obbligazione stessa, il cui oggetto oramai si era ampliato per effetto della mora e serberà il diritto a chiedere il resto (2). Non è del tutto esatto il concetto che pare abbia voluto esprimere il *Landrecht prussiano* (3), che cessi la *mora solvendi* quando comincierebbe la *mora accipiendi*. Ciò sarà se trattisi di prestazioni le quali si eseguiscono di un sol tratto, ma, se l'obbligazione è di fare e l'opera richieda pel suo compimento un certo tempo, sarà cessata la *mora solvendi* tostochè il debitore abbia cominciato il lavoro (salvo si trattasse di un lavoro da consegnarsi bell'e fatto per un dato giorno): eppure non ancora si è reso possibile il concetto della *mora accipiendi* (4).

123. Mora accipiendi: Ha luogo quando per l'adempimento dell'obbligazione sia necessario il concorso del creditore ed egli senza giusto motivo non lo presti, rifiutandosi così a ri-

---

(1) Cfr. Giorgi, *Op. e Vol. cit.*, n. 75, pag. 97.

(2) Cfr. Dernburg, *Pandekten*, II Bd. (5ª Aufl. Berlin, Müller 1897), § 42 nota 5, pag. 118, contro il Windscheid e F. Mommsen, il quale ultimo alla stessa eventuale riserva non darebbe altra efficacia che di originare un'obbligazione naturale.

(3) *Allgem. preuss. Landrecht*, I, 16, § 24.

(4) Cfr. i Motivi sul § 253 del primo Progetto del Codice civile germanico, *Motive* u. s. w., Vol. II (Berlin, Guttentag 1888), pag. 66.

cevere ciò che gli è dovuto (1). Senza giusto motivo: la mora p. es. non ci sarebbe s' egli rifiutasse il pagamento che il debitore volesse fargli prima della scadenza, ove il *dies* non sia ad esclusivo vantaggio del debitore stesso.

Vi hanno legislazioni che consacrano alla mora del creditore in sè e per sè considerata delle disposizioni a parte più o meno estese. Così p. es. il *Codice prussiano* (2), il *Codice sassone*, che tratta in un apposito titolo della *mora* in genere (3) ed in esso dopo della mora del debitore disciplina quella del creditore (4), il *Codice svizzero delle obbligazioni*, che vi dedica quattro articoli sotto il titolo dell'*adempimento delle obbligazioni* (5) ed il recente *Codice germanico*, il quale ha persino un titolo apposito per la mora del creditore (6), deliberatamente tenuto distinto (7) dalle norme relative alla mora del debitore (8). Invece il *Codice francese* e quelli sul suo stampo, fra i quali il nostro, senza trattare a parte della mora del creditore, anzi senza neppur menzionarla, dettano talune norme ad essa relative là dove trattano dell'offerta reale di pagamento e del deposito (9). Sistema certo unilaterale e imperfetto, e, benchè noi ci riserviamo a tornare a lungo sull'argomento dove parleremo appunto del pagamento e quindi della detta offerta reale e conseguente deposito, non possiamo non convenire col Crome (0) che hanno torto i commentatori francesi (ed io aggiungo i nostri) i quali in generale sorvolano sui requisiti della *mora creditoris* e non ne considerano gli effetti che in ordine ai predetti casi di offerta reale e di deposito. Basta pensare ai casi nei quali la prestazione formante oggetto del-

---

(1) Analoga definizione in Hasenöhrl, *Op. cit.*, II Bd., § 84, pag. 341.
(2) *Allgem. preuss. Làndr.*, I, 11, §§ 98, 102, 103, 939, 940.
(3) *Das bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen*, §§ 733-755.
(4) §§ 746 e segg.
(5) *Codice svizzero*, Art. 106-109 inclus.
(6) *Bürgerl. Gesetzb. f. d. d. Reich* §§ 293-304 inclusive.
(7) Cfr. i *Motivi* in Haidlen, *Op. cit.*, Vol. I, pag. 357.
(8) §§ 284 e segg.
(9) *Cod. francese*, Art. 1257 e segg., *Codice nostro*, Art. 1259 e segg.
(0) Crome, *Op. cit.* § 17, pag. 183 e seg.

l' obbligazione non è per sua natura suscettibile di offerta reale e deposito, come sarebbe, per dirne uno solo, quello delle obbligazioni di fare. E tuttavia anche in essi può darsi che il creditore non si adoperi a ricevere la prestazione dovutagli e occorra pertanto addossargli gli effetti della sua mora e liberare il debitore (1). Onde si spiega come taluni scrittori all' espressione *mora accipiendi*, che par limitata solo ad un caso speciale, dichiarino preferire quella più generica di *mora creditoris* (2).

Ho detto nel definire tale mora che deve trattarsi di prestazioni non realizzabili senza il concorso del creditore: altrimenti essa non è nemmeno concepibile, come sarebbe nel caso di obbligazioni *non faciendi* o di prestazioni stipulate a favore di terzi (3). Ma di che genere poi abbia ad essere questo concorso o cooperazione del creditore, non è cosa che si possa dire a priori, variando secondo la natura della presta-

---

(1) Laonde mi pare troppo reciso e poco esatto il Saleilles, quando scrive a proposito della mora del creditore: « Il y a sous ce rapport deux systèmes législatifs possibles; celui par exemple de notre Code civil, qui n'admet d'autres ressources au profit du débiteur, au cas de refus de paiement par le créancier, que la faculté de se libérer par voie de consignation et pour qui par conséquent les offres ne sont que la condition préalable de la consignation et ne produisent aucun effet par elles mêmes; *dans une législation de ce genre il n'y a pas de théorie sur la demeure du créancier et le Code civil, en effet, n'en connait point; le débiteur est acculé à la consignation...* Il y a un autre système législatif pour qui la consignation n'est qu'une ressource extrême qu'il faut chercher à éviter et qui consiste par conséquent à attribuer aux offres seules l'effet de soustraire le débiteur aux conséquences fâcheuses de cette prolongation injustifiée de son obligation, et, par suite, à faire supporter au créancier le préjudice résultant du retard dont il est l'auteur ». Saleilles, *loc. cit.*, n. 38, pag. 193. Con ciò si restringe il discorso alle prestazioni suscettibili di offerta reale e deposito, relativamente alle quali s'incontra infatto quel duplice sistema legislativo. Ma il campo della mora del creditore è, come noto nel testo, più lato.

(2) Così p. es. Schey, *Begriff und Wesen der mora creditoris im österr. und im gem. Rechte* (Wien, Manz 1884), § 18, pag. 119, nota 3 e Hasenöhrl, *loc. cit.*

(3) Hasenöhrl, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 342 e autori ivi citati.

zione. E se l'obbligazione è tale, che per l'individuazione dell'oggetto da prestarsi richieda un atto preliminare del creditore (esempio la scelta che a lui competa in un' obbligazione alternativa), egli vi incorrerà non eseguendo alla scadenza tale atto, senza del quale si rende impossibile al debitore il liberarsi (1).

Altro requisito perchè possa dirsi in mora il creditore è che il debitore da parte sua sia pronto all' effettivo esatto adempimento in quel modo che la natura della obbligazione comporta o domanda (2) e a questo proposito va rilevata come eccessiva la esigenza del Codice nostro (Art. 1259) sulle traccie del *francese* (Art. 1257), di non accontentarsi dell'offerta reale, ma di volerla per di più susseguita dal deposito, ove la prestazione ne sia suscettibile (3). Non mi pare infatti esatta la osservazione del Chironi in difesa della legge, che cioè il debitore, se è pronto, come dev' essere, al pagamento, non soffre nè lesione nè aggravio alcuno dimostrando col deposito la sua volontà di eseguire l'obbligazione che si è assunto. Chè l' aggravio ci sarebbe ove il credito fosse esigibile presso il debitore, ipotesi abbastanza comune (Art. 1249 cap.) ed alla quale pure si estende la necessità del deposito, attesa la generalità dei termini adoperati in questa materia dal *Codice francese* e dal nostro (4).

È grave questione, specie fra romanisti (5), se il mancato

---

(1) Cfr. Windscheid, *Pandekten*, II, § 345, pag. 280 (7ª ediz.), Dernburg, *Pandekten*, II, § 43, pag. 120 (5ª ediz.), Hasenöhrl, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 349, Crome, *Op. cit.*, § 17, pag. 188, ma specialmente Kohler, *Annahme und Annahmeverzug* in *Jahrb. für die Dogmatik*, XVII Bd. (1879) (p. 261-422), pag. 282 e segg., 356 e segg., 364 e segg., 374 e segg.

(2) l. 3 § 4 D. de act. emti et vend. 19, 1 di Pomponio: Mora (emtoris) videtur esse.... si (venditor) omni tempore *paratus fuit tradere* ». Cfr. pure Schey, *Op. cit.*, § 17, pag. 108 e segg., Crome, *Op. cit.*, § 17, pag. 190, Hasenöhrl, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 344 e segg. e autori ivi citati.

(3) Concorda in questa critica il Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 83, pag. 103 (4ª ediz.). **Contra** Chironi, *Op. cit.*, n. 341, pag. 737.

(4) Cfr., fra tanti, Saleilles, *loc. cit.* n. 39, pag. 194, nota 1. **Contra** Messa, *loc. cit.*, n. 54, pag. 508.

(5) Cfr., anche per la estesa bibliografia, Windscheid, *Pandekten*, II, § 345, pag. 281, testo e nota 8 (7ª ediz.) e Dernburg, cit. *Pandekten*, II, § 43,

concorso del creditore all'effettuazione del pagamento debba essere colposo perchè si abbia il concetto vero e proprio della mora ed egli ne risenta i pregiudicievoli effetti. Lasciando da parte il Diritto romano, chè le espressioni fontali non sembra conducano a sicure risultanze (1), quella che mi pare azzardata è la affermazione del Dernburg, che chi fa dipendere la *mora del debitore* dalla colpa di lui debba conseguentemente richiedere la colpa anche come elemento costitutivo della *mora del creditore*, per ciò che i due istituti corrono paralleli (2). Non c'è nessuna incoerenza nell'adottare eventualmente una conclusione diversa circa la necessità della colpa secondochè si tratta dell'una specie di mora o dell'altra, chè quel preteso parallelismo non sussiste, e basta a persuadersene il riflettere che il debitore in mora vien meno ad un obbligo a lui incombente, mentre invece da parte del creditore non istà un obbligo, ma un diritto. Infatti sarebbe errato il sostenere che il creditore, che è la parte attiva del rapporto obbligatorio, sia *tenuto a ricevere* la prestazione dovutagli: l'unica cosa vera, ed evidentemente bene diversa, si è che il debitore ha da potersi sciogliere dal vincolo quando ne è giunto il momento e che di ciò la legge deve fornirgli e gli fornisce infatti il modo (3). Se dunque non esiste da parte del creditore

---

pag. 120-121, testo e nota 10 (5. ediz.), entrambi richiedenti l'estremo della colpa.

(1) Cfr. Windscheid, *loc. cit.*, pag. 281. Contra Dernburg, *loc. cit.*, pag. 120, nota 10 e Schey, *Op. cit.*, § 13, pag. 79-81, che desumono il requisito della colpa da testi delle fonti.

(2) Dernburg, *loc. cit.*

(3) Cfr. F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, III (*Die Lehre von der Mora*, Braunschweig, Schwetschke 1855), § 14, pag. 134-135 e § 17, pag. 163, Kohler, *loc. cit.*, specialmente al § 2, pag. 265-281 e pag. 409 e segg., Hasenöhrl, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 350 e seg., Crome, *Op. cit.*, § 17 pag. 184 e segg., Saleilles, *loc. cit.*, n. 41, pag. 195 e segg. Fra gli stessi sostenitori del principio che occorra la colpa del creditore per la mora di lui è oggimai abbandonato l'argomento ch'egli abbia l'obbligo di ricevere la prestazione. Riconosce p. es. la fallacia di quest'argomento il Windscheid, che pure lo aveva un tempo accolto (cfr. *Pandekten*, II, § 345 n. 10, pag. 282), e così dicasi del Ferrini, cit. v.° *Obbligazione* in *Encicl. giur. ital.*, n. 421, pag. 625-626, e dello Schey, *Op. cit.*, § 6, pag. 27-29 e § 15, pag. 93.

il dovere di cooperare all'estinzione del rapporto obbligatorio, non si può mettere sullo stesso piede nei riguardi della mora la condizione sua e quella del debitore. A quest'ultimo incombe un'obbligazione e quindi come egli non risponde dell'inadempimento, secondo i principî della nostra legislazione, se non inquanto è colposo, così parimenti dev'essere dell'inesatto e particolarmente del ritardato adempimento. Pel creditore invece, non esistendo a suo carico obbligazione alcuna, non ripugna logicamente una eventuale contraria soluzione. La questione dunque non rimane punto pregiudicata per noi dall'avere precedentemente ammessa quale coefficiente della mora del debitore la colpa di lui (v. supra, n. 119, pag. 312-313).

Come la dottrina particolarmente romanistica, così divise sono in proposito le legislazioni: mentre ad es. il già citato *Codice prussiano* esige il requisito della colpa, il nuovo *Codice germanico*, pure dianzi citato, ne prescinde, e risulta dai Motivi che sovrattutto per accentuare tal differenza fra la mora del debitore e quella del creditore, fu quest'ultima trattata in una sezione a sè (1). Quanto al Codice nostro manca, io credo, un'esplicita dichiarazione in proposito, perch'è troppo debole l'argomento che per sostenere la necessità della colpa il FERRINI desume dalla locuzione dell'Art. 1259, che ritiene operativa l'offerta reale quando il creditore *ricusa* di ricevere il pagamento, frase non estensibile se non altro all'ipotesi in cui egli non possa riceverlo per qualche personale impedimento, escludente la colpa, onde allora sembrino inapplicabili le disposizioni sull'offerta reale e il deposito (2) o in altre parole esclusa la mora. Rispondiamo infatti che il termine ricusare nella sua generalità si attaglia ugualmente a tutte le ipotesi, significando rifiuto di accettazione senza distinguere se giustificabile o no. Piuttosto non si può negare l'esistenza della tradizione dottrinale fra noi favorevole alla teoria della colpa quale requisito della mora del creditore non meno che di quella

(1) Cfr. *supra* la nota 7 a pag. 336.
(2) FERRINI, *loc. cit.*, n. 421, pag. 626.

del debitore (1). Ma tuttavia razionalmente sembra preferibile la tesi opposta (2). Infatti all'argomento del WINDSCHEID (3), fra noi adottato senz' altro dal MESSA (4), che non è giusto addossare al creditore i danni della sua non accettazione, postochè egli non sia di veruna colpa imputabile, si risponde che è giusto anche meno il farli sopportare al debitore, il quale pure non è imputabile di colpa alcuna, anzi sarebbe pronto ad eseguire ciò che gli incombe. Con ciò si verrebbe senza ragione ad ampliare la portata della sua obbligazione (5).

Quanto agli *effetti* della mora del creditore, il principio fondamentale ha da essere questo, che per essa non debba trovarsi aggravata la condizione del debitore, e tanto meno debba il debitore medesimo incorrere nei danni per legge o per contratto (esempio clausola penale) inerenti al non adempimento dell' obbligazione (6). Per applicazione di ciò, generalizzando quanto l'Art. 1259 capov. detta in ordine alle prestazioni suscettibili di offerta reale e deposito, diremo che dal momento in cui il creditore è legalmente in mora cessano gli interessi e la cosa rimane, ancorchè prima nol fosse, a rischio e pericolo del creditore, del che troviamo fatta applicazione in tema di locazione d' opera all' Art. 1635, così concepito: « Nel caso in cui l' artefice somministri la materia, se la cosa viene a perire in qualsivoglia modo prima di essere consegnata, la perdita rimane a carico dell' artefice, *purchè il committente non fosse in mora per riceverla* ». A carico del creditore moroso stanno le spese dell' offerta reale e del deposito valida-

---

(1) Si confrontino in proposito gli autori citati dal GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 43, pag. 58, n. 1 (4. ediz.). Il GIORGI sostiene necessaria la colpa.

(2) Sostenuta fra noi, ma con troppo breve argomentazione, dal CHIRONI, cit. *Colpa contrattuale*, n. 341, pag. 738.

(3) WINDSCHEID, *loc. cit.*

(4) MESSA, *Op. cit.*, n. 55, pag. 408.

(5) Si confrontino gli autori citati nella prima parte della nota 3 a pag. 339. Senonchè va notato che il MOMMSEN fra loro giunge ad una conclusione eclettica, inquanto scusa il creditore, in altre parole non lo considera in mora, se non potè ricevere per qualche impedimento personale (alias p. es. se non volle ricevere per errore).

(6) CROME, *Op. cit.*, § 17, pag. 193.

mente fatti (Art. 1262) e più in generale si dirà che il creditore dovrà risarcire il debitore delle spese e danni conseguenti alla mora.

Si insegna infine generalmente (1) che, caduto il creditore in mora, il debitore non risponde quind' innanzi che del dolo e della colpa lata che ad esso si pareggia. Principio tramandatoci dal Diritto romano (2) e del quale dà una ragione punto plausibile il Chironi quando lo fa discendere come corollario dallo spostamento del pericolo per caso fortuito dianzi accennato (3): non c' è infatti connessione di sorta fra l' una cosa e l' altra, perchè sarebbe pur concepibile che dal momento della mora del creditore la cosa cessasse di stare a rischio e pericolo del debitore (se eventualmente ci stava prima contro le regole generali) e tuttavia egli continuasse a prestare il grado di diligenza portato dall' obbligazione di cui si tratta. Si presenta a prima vista ben più persuasiva la ragione che di quel principio dà il Windscheid. Egli dice: « Se il creditore avesse accettato [la prestazione], il debitore non avrebbe avuto oramai da impiegare più nessun genere di cura. [Dovrebbe dunque essere esente da qualsiasi responsabilità]. Senonchè dalla responsabilità per dolo e colpa grave non si è mai liberati » (4).

Senonchè sulla bontà dell' asserito principio io mi permetto nutrire gravi dubbi. Perocchè quand' io avrò prosciolto il debitore dalla responsabilità che gli incombeva giusta le

---

(1) Windscheid, *Pandekten*, II, § 346, pag. 283 testo e note 2 e 3, ed agli autori ivi citati aggiungansi, per ciò che riguarda il vigente Diritto italiano, Giorgi, *Op. cit.*, II, n. 82, pag. 103 (4. ediz.), Chironi, *Colpa contr.* n. 341, pag. 738, Ferrini, cit. *Obbligazione* (in *Enciclop. giur. ital.*), n. 424, pag. 626-627, Messa, *Op. cit.*, n. 56, pag. 408.

(2) l. 5 D. de peric. et comm. 18, 6 di Paolo, l. 17, eod. di Pomponio, l. 9 D. sol. matrim. 24, 3 dello stesso.

(3) Egli scrive (*loc. cit.*): « dal giorno del deposito... la cosa depositata è a rischio e pericolo del creditore (Cod. civ., Art. 1259), *cosicchè* il debitore riman secondo i principî generali tenuto soltanto pel dolo e per la colpa grave che nell' ordinamento legale gli è equiparata ».

(4) Windscheid, *loc. cit.*, precisamente nella nota 2. Lo seguono il Ferrini e il Messa, *loc. cit.*

norme della colpa contrattuale, egli cadrà sotto quelle della colpa extracontrattuale, che nessuno asserisce limitate alla colpa lata, ma che anzi generalmente si ritengono (v. s., n. 111, pag. 294) più severe delle prime. Ma è da dire piuttosto che, non costituendo la mora del creditore una causa di estinzione dell'obbligazione, questa continua a carico del debitore ed occorrerebbe un testo esplicito di legge, che nel concreto caso non esiste, perchè ne fossero in questa parte modificati gli effetti (1). Quanto poi all'autorità del Diritto romano, convien notare ch'esso, date almeno talune circostanze, permetteva al debitore, quando il creditore era in mora, di abbandonare le cose dovute alla loro sorte (*preisgeben*, dicono con voce espressiva i tedeschi), persino di disperderle (es. *effundere vinum*) per essere completamente libero (es. per aver disponibili i *dolia* contenenti il vino dovuto) (2): ora era già una conquista dell'equità sullo stretto Diritto il voler obbligato il debitore a conservare (almeno fino ad un regolare deposito) la cosa pur non tenendolo in siffatta custodia responsabile che di dolo o colpa lata (3). In una legislazione come la nostra ispirata ad altri principi, non autorizzante *mai* il debitore a liberarsi nel predetto modo altrettanto spiccio quanto pregiudizievole al creditore, vien meno la ragione di scendere per

---

(1) Il testo esplicito, che manca da noi, c'è invece in altre legislazioni, p. es. nel *Codice prussiano*, dove ai §§ 98, 112 della Parte I, Tit. II si legge relativamente al contratto di compravendita « Hat aber der Käufer den Verzug der Uebergabe verschuldet, so haftet der Verkäufer nur für einen solchen Schaden der an der Sache durch seinen Vorsatz oder grobes Versehen entstanden ist »; « Hat der Käufer die Uebernahmen vezögert, so etc. (§ 111) « Dann darf der Verkäufer blos für ein grobes Versehen haften »; nel *Codice sassone*, § 751: « Der Verpflichtete haftet, selbst wenn er früher eine weitergehende Verbindlichkeit hatte, nur noch für absichtliche Verschuldung und grobe Fahrlässigkeit » e nel recente *Codice germanico*, § 300: « Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten ».

(2) Cfr. l. 1, §§ 3, 4 D. de peric. et comm. 18, 6 di ULPIANO e l. 12 e 14 pr. D. eod. di PAOLO.

(3) CROME, *Op. cit.*, § 17, pag. 200.

la responsabilità ai gradi minimi del dolo e della colpa lata (1). Dobbiamo del resto avvertire che la questione ora trattata avrà nella nostra legislazione un ristretto campo di applicazione pratica. Perchè là dove sono possibili l'offerta reale e il deposito, sappiamo che la mora del creditore non sorge (e quindi anche pei nostri avversarî deve rimanere inalterata la responsabilità per colpa contrattuale) se non dopo effettuato legalmente il deposito, cioè dopochè è cessata la possibilità che il debitore si renda responsabile di qualsiasi grado di negligenza rispetto alla conservazione di cosa che non è più in suo potere. La questione avrebbe importanza solo nell'ipotesi dell'Art. 1266, che cioè si tratti di un determinato corpo il quale debba essere consegnato nel luogo in cui si trova; in tal caso « il debitore deve con atto d'intimazione fare ingiungere al creditore di esegnirne il trasporto » e sorgerà allora il quesito dei limiti entro i quali, da quest'atto di intimazione in poi, egli dovrà rispondere nella custodia della cosa che si trova tuttora presso di lui (2).

Resta che tocchiamo delle cause per cui cessa la mora del creditore. È evidente che ciò avverrà anzitutto quand'egli sia pronto a ricevere la prestazione che prima avea rifiutata, o, per usare una formola più esatta nella maggiore sua generalità, quand'egli si offra a prestare il concorso al pagamento, invano prima desiderato, nonchè ciò di cui lo ha reso debitore la mora (es. rifusione di danni). E se di fronte alla prestazione relativamente alla quale si verificò la *mora accipiendi* stia una controprestazione (com'è nei contratti bilaterali) e il termine per la controprestazione sia scaduto, non si potrà dire

---

(1) Il Crome sostiene in riguardo al Diritto francese la stessa nostra opinione con altro argomento, che almeno da noi sarebbe assurdo. Egli dice (*loc. cit.*) se vuol liberarsi il debitore, la legge gliene offre il mezzo consistente nel deposito: s'egli non vi si appiglia, è giusto continui a rispondere secondochè vuole il rapporto obbligatorio di cui si tratta. Ma il deposito, come noto nel testo, non è mezzo di liberarsi dato al debitore *pendente* la mora del creditore, bensì estremo necessario per costituirlo in mora, ove si tratti appunto di prestazione suscettibile del deposito stesso.

(2) Cfr. Ferrini, *loc. cit.*, pag. 627.

che il creditore sani la propria *mora accipiendi* col solo fatto di prestarsi a ricevere, ma dovrà altresì essere pronto ad effettuare la controprestazione che gli incombe (1). Ma di ciò e dei più lati diritti che possono in tal caso competere alla parte ch'è in regola contro l'altra, specie trattandosi di vendita di cose mobili (Art. 1512), discorreremo a lungo altrove. Cessa altresì la *mora creditoris*, com'è naturale, quando l'obbligazione venga comunque ad estinguersi, e parimenti quando il debitore condoni il ritardo (2) o si convenga fra le parti che il debito abbia ulteriormente a sussistere, cioè si stipuli un nuovo *dies* per l'adempimento (3). Finalmente in una legislazione come la nostra che, trattandosi di prestazioni suscettibili di offerta reale e deposito, fa dipendere la mora del creditore dal deposito legalmente effettuato, e permette poi di regola al debitore di ritirarlo finchè non sia stato accettato dal creditore (Art. 1263), cesserà la mora del creditore quando di questa facoltà il debitore si valga. Ed è pure ovvio che in tal caso alla mora del creditore sottentrerà con tutti i suoi effetti quella del debitore

L'una specie di mora dunque può succedere all'altra, chè, all'inverso del caso or ora esaminato, può darsi che la purgazione della *mora solvendi* faccia sorgere la mora del creditore (4). Ebbene, in tali ipotesi si applica il principio desunto dalla l. 17 D. de peric. et comm. 18, 6 di Pomponio, *posterior mora nocet*. Invece non è possibile la concomitanza delle due specie di mora, poichè tra i presupposti dell'una è la mancanza dell'altra, onde siffatta concomitanza sarebbe, osserva

---

(1) Cfr., fra altri, F. Mommsen, *Op. cit.*, § 36, pag. 339, Windscheid, *Pandekten*, II, § 345, pag. 282-283 (7. ediz.), Dernburg, cit. *Pandekten*, II, § 43, pag. 122 (5. ediz.), Hasenöhrl, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 360, Crome, *Op. cit.* § 17, pag. 195 e § 18, pag. 210.

(2) V. la maggior parte degli autori citati nella nota precedente e fra noi Messa, *Op. cit.*, n. 57, pag. 409.

(3) Dernburg, *loc. cit.*, Hasenöhrl, *loc. cit.*

(4) V. sopra, n. 122 pag. 335, dove si è semplicemente oppugnato l'assunto che ciò avvenga sempre necessariamente.

benissimo F. Mommsen, una *contradictio in adiecto* (1). Di qui l'ulteriore impossibilità di discorrere di una reciproca compensazione fra le due more (2).

L'attrattiva del tema mi ha portato a trattare della *mora creditoris* più a lungo che non fosse nell'originario mio divisamento. E tuttavia dovrò altrove tornarci sopra, specialmente, come ho detto sin dapprincipio, nel tema dell'offerta reale e del deposito, dove fra altro esaminerò entro quali limiti, in sostituzione del deposito, sia ammesso dalla vigente nostra legislazione, entro quali da altre a liberazione del debitore, quell'altro surrogato del pagamento che consiste nel vendere o far vendere per conto del creditore la cosa dovutagli (che è ciò che i tedeschi chiamano *Selbsthülfeverkauf*). Inoltre più a lungo che qui non siasi potuto fare andrà trattato l'argomento della mora in relazione al caso di prestazioni *hinc inde* dovute giusta il titolo costitutivo dell'obbligazione. E ciò naturalmente là dove tratteremo dei contratti sinallagmatici.

---

(1) F. Mommsen, *Op. cit.*, § 36, pag. 341. Cfr. pure, fra altri, Molitor, *Op. cit.*, n. 339, pag. 437-438, Hasenöhrl, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 349, testo e nota 34. Da tutti questi autori poi si trovano ricordati e combattuti quegli scrittori che in passato ebbero a sostenere la tesi opposta, alla quale parrebbe *prima facie* favorevole la l. 51 pr. D. de act. emti et vend. 19, 1 di Labeone.

(2) Cfr. gli autori indicati nella nota che precede e Messa, *Op. cit.*, n. 57, pag. 409, nota 2.

SEZIONE V.

Teoria dei danni ed interessi per inadempimento o inesatto adempimento di obbligazioni

SOMMARIO

124. Dolo, colpa, mora, vedemmo produrre un effetto comune, l' obbligo di risarcire i danni. Di questi pertanto conviene discorrere a parte. E lo faremo con relativa brevità, sia per rientrare nei limiti del presente corso, in qualche altra parte trascesi, sia perchè molte nozioni verranno meglio esplicate dove si tratterà dell' obbligo al risarcimento che discende pure dalla colpa aquiliana, ed anzi allora lumeggiate per via del raffronto tra gli effetti delle due specie di colpa (1).

In un primo paragrafo cercheremo di precisare il concetto del danno e la estensione del suo risarcimento: passando poi alla liquidazione del danno stesso, la divideremo in altri tre paragrafi quanti sono i modi onde la liquidazione, come vedremo, può aver luogo.

---

(1) Dal punto di vista del sistema appar lodevole il metodo di trattazione in uso specialmente fra pandettisti, e seguito dal *Codice germanico* del 1896 (§§ 249-255 incl.), di occuparsi del risarcimento dei danni in generale come di altro dei possibili oggetti di obbligazione prescindendo dalla causa che lo origina (colpa contrattuale od extracontrattuale); ma l' adottarlo non è stato possibile a noi interpreti di una legislazione positiva in relazione alla quale si discute, come più volte ho accennato, se uguali o diverse norme regolino l' estensione del risarcimento secondochè trattisi dell' una o dell' altra specie di colpa. Onde la necessità in cui ci siamo trovati di scindere l' argomento fra i due diversi titoli della colpa contrattuale e dell' aquiliana.

§ 1.

Concetto ed estensione del risarcimento

SOMMARIO

125. Distinzione fra i casi in cui riman possibile l'adempimento dell'obbligazione in forma specifica e quelli in cui non lo si può ottenere che per equivalente. In che deve consistere questo equivalente. — **126.** Si precisa il concetto del danno; sua distinzione in danno emergente e lucro cessante. — **127.** L'esistenza, l'ammontare del danno e il nesso causale fra l'inadempimento dell'obbligazione e il danno. — **128.** Estensione dei danni da risarcire e differenza in proposito fra inadempimento doloso e inadempimento colposo. — **128** *bis.* Se il criterio restrittivo del risarcimento contenuto nell'Art. 1228 valga solo per la specie od anche per la quantità dei danni. Di altre cause per cui non può menomarsi l'entità del risarcimento. — **129.** Di un caso in cui il risarcimento comprende anche danni indiretti. Se ciò possa ottenersi altresì mediante il concorso dell'azione aquiliana: rinvio. — **130.** Transizione alla materia della liquidazione dei danni.

125. Non adempiuta dal debitore l'obbligazione, talune volte rimane tuttavia possibile al creditore l'ottenere *manu militari*, cioè per le vie giudiziali, la prestazione dovuta in forma specifica (es. l'immobile venduto che il venditore non si prestò a consegnare); altra volta invece riesce ciò impossibile (es. trattandosi di cosa mobile che oramai un terzo acquistò dallo stesso venditore in buona fede e di cui entrò già in possesso). Preciseremo tosto quando avvenga l'una e quando l'altra cosa. Qui notiamo che allora quando la prestazione più non può conseguirsi in forma specifica, si converte nell'equivalente, ragguagliato sopra una misura più o meno estesa a seconda dei casi. Ora (1) questo equivalente, questo surrogato

(1) Utilizzo in questa parte, quanto ebbi già occasione di esporre nella citata mia *Dazione in pagamento*, ai n. 39, pag. 105-106 e 55, pag. 129 e

della prestazione dovuta non può consistere che in danaro, la sola materia (userò il linguaggio delle fonti (1)) avente una *publica ac perpetua aestimatio* che le permette di fungere da misuratrice di tutti quanti i valori. Non credo infatti degna di seguito la teoria sostenuta segnatamente dal Demolombe (2), secondo cui il creditore può pretendere che il debitore, postosi nell'impossibilità di prestare la cosa dovuta, sia condannato a pagargli altra cosa simile, anzichè il valore, inquanto questa sostituzione sia equamente possibile. È solo l'impossibilità della prestazione della cosa promessa, dice il Demolombe, che giustifica se ne dia il valore. Orbene, queste parole con le quali l'illustre Autore difende il suo assunto, mi sembra ne racchiudano la condanna. Non è infatti la impossibilità di una prestazione in genere, ma bensì di quella determinata prestazione, in altre parole della prestazione di quella precisa *res debita* che fa luogo alla trasformazione di essa nel suo valore, e questo dal danaro soltanto può essere rappresentato e non da altra cosa, per quanto pure simile o congenere. Nè vale invocare per analogia, come pur fa il Demolombe, il disposto degli Art. 1143, 1144 del *Codice francese* (Art. 1222, 1220 del nostro). Per essi, quando il debitore manca alla sua obbligazione di fare o di non fare, il diritto del creditore non si traduce senz'altro nel risarcimento pecuniario, ma egli può chiedere l'esecuzione dell'obbligazione in forma specifica; trattandosi di obbligazione di fare può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore: trattandosi di obbligazione di non fare può ottenere che si distrugga a spese del debitore quanto fu operato in contravvenzione ad essa. Io non so davvero come si possano invocare queste norme nella questione che stiamo trattando. Per esse infatti non è che si adempia l'obbligazione prestando un oggetto *simile* a quello

---

segg., ove ho combattuto anche il Kniep (*Die Mora des Schuldners* etc.), sostenitore di una tesi anche più azzardata di quella del Demolombe.

(1) l. 1 pr. D. de contrah. emt. etc. 18, 1 di Paolo.

(2) Demolombe, cit. *Cours de Code Napoléon*. T. XIX (Traité des donat. entre-vifs et des testaments, T. II), n. 234, 235, pag. 204-206.

dovuto, ma è invece l'*identico* oggetto, quella determinata opera od ommissione, che si può ancora ottenere e si ottiene, bensì in forma indiretta anzichè direttamente, dal debitore. E poi ad ogni modo non si potrebbe argomentare dalle obbligazioni di fare o di non fare alle altre, per le quali, in mancanza di espresso speciale disposto, varrà senz'altro il principio generale sancito all'Art. 1218, che cioè « chi ha contratta un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente ed in mancanza al risarcimento dei danni ». Come poi non può essere fatto obbligo al debitore inadempiente di dare, anzichè il risarcimento pecuniario, cosa simile a quella promessa, così non ne avrebbe egli la facoltà. Trattisi, ad esempio, dell'azione redibitoria nella vendita di una determinata cosa affetta da vizî o difetti occulti. Il venditore non potrebbe pretendere di dare al compratore un oggetto scevro da vizî dello stesso genere di quello venduto, anzichè restituirgli il prezzo ed eventualmente risarcirgli i danni giusta le norme degli Art. 1501, 1502. E va lodato il *Codice sassone*, che espressamente formulò siffatti principî (1), in tutto rispondenti alle condizioni odierne della pubblica e privata economia. Bene osserva infatti e storicamente comprova il MATAJA (2) che la riparazione, per così dire, in natura, cioè col dare un bene di simil genere pur dopo introdotta la moneta, risponde ad un periodo di economia sociale e di legislazione antiquato, di scarso sviluppo commerciale, quando la valutazione in danaro urtava contro certe difficoltà per la frequente mancanza di prezzi di mercato, mentre la nostra sviluppata economia di scambî, il costante commercio fra le singole economie private, l'estensione del mercato, il numero delle transazioni offrono in oggi di regola la possibilità di tramutare i beni in danaro come anche di

---

(1) Precisamente in ordine alla redibitoria per vizî ed alla garantia per evizione, al § 952, così concepito: « Der Veräusser kann sich von seiner Haftbarkeit wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache durch Nachlieferung einer fehlerfreien Sache und von den Ansprüchen wegen Entwährung durch Wiederverschaffung der entwährten Sache nicht befreien ».

(2) MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (Leipzig, Dunker-Humblot, 1888), IX Kap., pag. 156 e segg.

procurarsi mediante il possesso del danaro quei beni che piacciono, donde la facilità ed opportunità di prestare il risarcimento in danaro. Forma di risarcimento preferibile all' altra perchè solo di rado avverrà che una cosa per quanto simile possa pel creditore sostituire quella che gli era dovuta, una casa p. es. sostituirne un'altra, mentre basta la diversità dell' ubicazione a non renderla più completamente adatta ai suoi bisogni.

Accertato il principio, ricorderò ancora com'esso non soffra in Diritto moderno quell' eccezione in tema di locazion di cose ch' era ammessa dal Diritto romano, nel quale, giusta la l. 9 pr. D. loc. cond. 19, 2 di Ulpiano, se la locazione vien meno perchè il locatore soffre l'evizione della casa o del fondo locato che in buona fede credeva proprio, egli è facoltizzato a liberarsi dalla responsabilità verso il conduttore dandogli una casa diversa da quella propriamente locatagli, purchè sia *non minus commoda*.

Senonchè anche quando è possibile ottenere *manu militari* o altrimenti l' esecuzione dell' obbligazione in forma specifica, resta luogo in aggiunta ad un risarcimento in danaro quando la prestazione così conseguita a malgrado del debitore non basti a compensare il creditore di tutti i danni sofferti (1).

126. Ma che cosa s' intende propriamente per *danno* derivante dall' inadempimento dell' obbligazione? Premesso che qui non vengono in considerazione i danni morali (2), diremo che danno è l'effettiva diminuzione di patrimonio (3), consiste dunque nella differenza fra il valore attuale del patrimonio

---

(1) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 106, pag. 143 (4. ediz.).

(2) È solo in relazione alla colpa aquiliana che *comunemente* si discute se anche i danni morali siano da risarcirsi; in ordine alla colpa contrattuale, nessuno, nota il Gabba, lo sostiene. Gabba, *Risarcibilità dei danni morali* in cit. *Quistioni di Dir. civ.*, Vol. II (pag. 225-263) pag. 246. Ma la affermazione del Gabba che nessuno ammetta la risarcibilità di simili danni in materia contrattuale, è troppo assoluta. V. p. es. per questa tesi parte del lavoro del Chausse, citato nella nota 3 della pagina che segue.

(3) l. 3 D. de damno inf. etc. 39, 2 di Paolo: « Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt ».

del creditore e quello ch' esso presenterebbe invece se l' obbligazione fosse esattamente adempiuta *(id quod interest*, sottinteso *creditoris obligationem adimpleri)* (1). E però si intende com' esso comprenda non solo la diminuzione di una parte già esistente del patrimonio *(damnum* in senso stretto, o danno positivo, od altrimenti *damnum emergens*, ma anche il mancare di un aumento del patrimonio stesso, che dall' esatto adempimento dell' obbligazione sarebbe conseguito, in altre parole il guadagno di cui si è stati privati (detto danno negativo o *lucrum cessans)* (2). Benissimo troviamo espresso il concetto dell' *id quod interest*, comprendente il doppio danno, positivo e negativo, dal giureconsulto Paolo nella l. 13 D. ratam rem haberi et de ratihabit. 46, 8: « quantum mea interfuit, idest quantum mihi abest, quantumque lucrari potui ». E vi si uniforma l'Art. 1227 col dire: « I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni in appresso stabilite ». Dovendosi, come abbiam detto, ristabilire il *patrimonio del creditore* in quello stato che presenterebbe attualmente se la obbligazione fosse stata eseguita, se gli fosse stata p. es. consegnata la cosa dovuta, si dovrà aver riguardo al valore che per quel tal patrimonio presentava la cosa, valore eventualmente superiore a quello che presenterebbe in relazione al patrimonio di altra persona (3) e diverso poi dal cosidetto valore o prezzo di affezione, che si rapporta non al patrimonio ma a condizioni affatto personali del creditore (4).

---

(1) Pacifici-Mazzoni, cit. *Istituz.*, Vol. IV, n. 102, pag. 188. È del resto concetto generalmente accolto. Cfr., tenendo calcolo della maggiore generalità della sua definizione perchè attinente al danno in genere, cioè anche a quello derivante da colpa extracontrattuale, F. Mommsen, cit. *Beiträge*. II, *Zur Lehre von d. Interesse* (Braunschweig, Schwetschke 1855), § 1, pag. 4; Mataja, *Op. cit.*, Kap. IX, pag. 155 e autori ivi ricordati.

(2) Cfr. Arndts-Serafini, cit. *Pand.*, II, § 206, pag. 23.

(3) Cfr. F. Mommsen, cit. *Beiträge*, II, § 3, pag. 16. Veggasi pure Chironi, *Op. cit.*, n. 258, pag. 583.

(4) Cfr. gli autori citati nella nota precedente. Tuttavia per la valutabilità in massima anche di questo elemento stanno osservazioni tutt'altro che trascurabili in Mataja, *Op. cit.*, IX Kap., pag. 177-180, comb. col Kap.

127. Il danno dev' essere certo, non eventuale, e ciò tanto in riguardo all'emergente, quanto in riguardo al lucro cessante. Più generalmente diremo che deve *di regola* constatarsi se, quale e quanto danno si soffre come conseguenza dell' inadempimento dell' obbligazione; giacchè se, ad onta dell' inadempimento imputabile al debitore, manca il danno, ovvero se manca il nesso causale obbiettivo per cui si possa dire che il danno è effetto dell' inadempimento stesso, non avrà il creditore alcun risarcimento da pretendere. Ma com' è possibile, si chiederà, che l'obbligazione rimanga inadempiuta, e tuttavia non si soffra danno, o non un danno tale che debba essere dal debitore risarcito, tuttochè egli versi in dolo od in colpa? Di assoluta mancanza di danno recherò col Giorgi (1) un esempio tratto dalla nostra giurisprudenza. Ciò si avrebbe se il mio mandatario trascurasse di rinnovare in tempo utile un'iscrizione ipotecaria a mio favore, sicchè essa si estingue, qualora risulti che già io non sarei stato collocato in grado utile dato pure che fosse stata rinnovata l'iscrizione, pongasi perchè la mia era un' ipoteca di quarto grado e, subastato l'immobile, sul prezzo di esso riuscirono a pagarsi solo il primo ed il secondo iscritto. Per assoluta mancanza poi del nesso causale obbiettivo vedemmo in caso di mora ed in altri casi analoghi il debitore responsabile perfino del fortuito liberarsene provando che il danno sarebbe ugualmente toccato al creditore anche se l' obbligazione fosse stata debitamente e a suo tempo eseguita (v. s., n. 95, pag. 232-234 e n. 121, pag. 323 e segg.). Parimenti un bell'esempio in proposito, attinente ad inadempimento imputabile dell' obbligazione e non a semplice mora, ce lo dà la l. 10 § 1 D. de lege Rhodia de iactu 14, 2: « Si ea condictione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces, nulla nauta necessitate coactus, in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit, et merces tuae cum ea nave

---

VIII, pag. 150 e segg. V. pure in favore della tesi che si debba tener calcolo anche del valor d'affezione, Chausse, *De l'intérêt d'affection* in *Revue critique de législ. et de jurisprud.* 1895 N. S. XXIV, pag. 436-449, contro del quale stanno Baudry-Lacantinerie e Barde, *Op. cit.*, n. 481, pag. 423-428.

(1) Giorgi, *Op. cit.*, II, n. 95, pag. 121 (4. ediz.).

perierunt in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: imo contra si modo ea navigatione utraque navis periit, quum id sine dolo et culpa nautarum factum esset ». Quelle che fanno al caso nostro sono evidentemente queste ultime parole aggiunte in via di limitazione da Paolo al passo, che è di Labeone.

Ma abbiamo detto che *di regola* è necessaria la dimostrazione di un danno sofferto e della quantità di esso, non dunque sempre. Infatti quando si tratti di obbligazioni pecuniarie la prestazione dei danni (formula concisa usata ad indicare la prestazione del risarcimento dei danni), consistente nell' interesse legale, è dovuta in caso di mora senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita (Art. 1231), e ciò per la natura della prestazione, poichè non è presumibile che, se il creditore avesse ricevuto in tempo il danaro dovutogli, lo avrebbe lasciato infruttifero. Inoltre possono le parti avere preventivamente contemplati i danni e la loro compensazione mediante una clausola penale: la penale allora è dovuta dal debitore inadempiente senza che sia lecita un' ulteriore indagine sulla reale esistenza del danno o sull' ammontare del danno stesso Ma di entrambi questi principî, quello degli interessi moratorî sempre dovuti nelle obbligazioni pecuniarie e questo attinente alla clausola penale, si dirà più a lungo in seguito.

128. Ora, ripigliando il concetto del nesso causale che dev' esserci fra l' inadempimento dell' obbligazione e il danno, rammento che, trattisi di dolo o di colpa, non si va mai più in là dei danni che sono una *conseguenza immediata e diretta* dell' inadempimento predetto (Art. 1229, corrispondente all' Art. 1151 del *Codice francese)*. Se si dovessero risarcire anche danni remoti, provenienti dal concorso di altre concause, qualunque sia di esse la natura e l' entità, potrebbe darsi che per l' inadempimento di un' obbligazione un debitore si trovasse esposto a perdere anche tutto il suo patrimonio, ed è chiaro come pericoli simili rallenterebbero il moto dei civili e commerciali negozî. Così Paolo nella l. 21 § 3 D. de act. emti et vend. 19, 1 fa, tra altre, la ipotesi che il venditore di una certa quantità di grano non la abbia consegnata quando doveva,

sicchè gli schiavi del compratore avevano patita la fame *(familia eius fame laboraverit)*: allora, dice il giureconsulto, il compratore potrà conseguire « pretium tritici, non servorum fame necatorum ». Chè qui entrano circostanze estrinseche come cause dell' ulterior danno, e circostanze tali che il creditore avrebbe potuto ripararvi provvedendosi *aliunde* dell' altro grano ed evitando così la morte dei servi. Nella nostra giurisprudenza trovo decisa una fattispecie perfettamente analoga. Un Comune sardo, dopo aver conceduto un bosco ad un tale, inconsultamente ne avea fatti sequestrare gli alberi: levato il sequestro, il concessionario, che del legname si serviva nei lavori di un cantiere, dichiarava che pel fatto del Comune concedente era rimasto privo di legname il cantiere, donde la sospensione dei lavori, la impossibilità di portare a compimento la costruzione di una nave, dissidenza fra gli azionisti, mancata corresponsione delle azioni, il fallimento ed in ultimo la perdita enorme patita nella vendita del materiale del cantiere. Ora di tutta questa sequela di danni quel tale chiedeva il risarcimento al Comune: una pallottolina di neve trasformata addirittura in valanga. Ma giustamente la Corte d' Appello di Cagliari (1) ridusse la pretesa entro i limiti di ragione dietro il riflesso che il legname mancatogli pel sequestro arbitrario degli alberi, l' attore avea mille modi di procurarselo altrove; non potersi dunque dire immediati i danni che si deplorano per la cessazione di un' industria al cui funzionamento non siasi portata la materia grezza, se questa poteva provvedersi d' altra parte a tutte spese di chi vi mancava.

Torno per un momento al citato passo di Paolo per osservare ch' esso è un frammento famoso, perchè ha servito di base ad una distinzione dei danni assai variamente intesa e disputata fra i romanisti e fra i vecchi scrittori di Diritto comune (2). Dicendosi in quel testo « omnis utilitas in aestimationem venit quae modo circa ipsam rem consistit », vi

---

(1) Sent. 1 Luglio 1895 in causa Falqui-Massidda c. Comune di Bonorva (*La Legge*, 1895, II, pag. 483).

(2) Su di che veggasi tra noi Chironi, *Op. cit.*, n. 253, 254, pag. 568-573.

si fondò sopra la distinzione del *damnum circa rem* e del *damnum extra rem*, secondo alcuni per indicare con la prima espressione danno diretto, con la seconda danno indiretto, secondo altri per contrapporre il danno che riflette la cosa dedotta in obbligazione (damnum circa rem) a quello che tocca il rimanente patrimonio del creditore. Ma, lo dirò con lo SCHUPFER, « ove si pensi alle molte contese a cui cotesta divisione ha fatto luogo e alla grande confusione che ne derivò, parrà forse accettabile il consiglio del sommo VANGEROW di ignorarla » (1). E se ciò dicono i romanisti, a fortiori lo dovremo affermare noi, che abbiamo ben definito negli Art. 1228, 1229 il sistema della legge. Essa vuole il nesso di causalità per cui il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, ma ciò non importa che si debba arrestarsi ad un *damnum circa rem*, nel senso di danno intrinseco, potrà comprendersi anche quello *extra rem*, o estrinseco, sempre che quel nesso di causalità esista.

Dicemmo ben definito il sistema della legge nostra (e della francese) nel senso di escludere la pretesa distinzione fra *damnum circa* ed *extra rem*. Ma non si deve d'altra parte disconoscere che il criterio del danno diretto ed immediato come il solo da risarcirsi è nella sua pratica applicazione meno facile e meno semplice che a prima vista non sembri. La cosa è piana abbastanza allorquando, come nei due esempî che ho recati dianzi traendoli dai Digesti e dalla nostra giurisprudenza, è intervenuto un fatto (od ommissione) imputabile al creditore medesimo, che vide morire i servi di fame, o che si lasciò venire nella sua azienda l'acqua alla gola, sino alla totale rovina, per non aver sostituito, come pur poteva, altro grano, altro legname a quello dovutogli. Nè so che esistano sin qui dissensi di interpretazione, come non ce ne dovrebbero essere nel caso in cui intervenisse a un dato punto come concausa nella serie dei danni (aventi, sia pure, la loro prima origine nell'inadempimento dell'obbligazione) il fatto imputabile di una terza persona diversa dal debitore e dal creditore. In tutte queste ipotesi infatti viene da sè che nella catena dei danni si scernano quelli prodotti dal semplice inadempimento dagli altri che si possono ricondurre a questo nuovo coefficiente imputabile, e, considerando come immediati e diretti soltanto i primi, di essi soltanto si obblighi il debitore a rispondere. Ma da questo punto in poi sorge il dissidio, poichè recentemente un valoroso Autore, il MOSCA, si è rifiutato di andare più innanzi

---

(2) SCHUPFER, cit. *Obbligazioni*, pag. 30.

in favor del debitore: ha preso cioè a sostenere che immediati e diretti abbiano a ritenersi tutti i danni prodotti dal concorso di cause non imputabili nè al creditore nè a terzi, di cause fortuite dunque, qualunque ne sia la natura e per quanto ne sia lunga la serie e complicato l'intreccio (1). Il pernio della sua argomentazione consiste nel distinguere tra la causalità fisica o logica e la causalità giuridica. Riporto testualmente le sue parole: « Se *fisicamente* o *metafisicamente* — *logicamente* o *ontologicamente* — quegli elementi senza dei quali l'evento dannoso non sarebbe accaduto, hanno tutti o quasi tutti carattere di elementi causali o di concause; — *giuridicamente* invece non possono reputarsi cause se non i soli fatti illeciti. Tutti gli altri elementi (fatti, cioè non illeciti, e circostanze ed avvenimenti naturali), — siano pure più prossimi all'evento, costituiscano pure la vera causa fisica e materiale del medesimo — non possono essere giuridicamente che semplici condizioni od occasioni, o circostanze estrinseche, nelle quali e per le quali il fatto illecito esplica la sua forza. E la ragione di ciò è semplicissima. Altro infatti è l'ordine logico e l'ordine fisico ed altro è l'ordine giuridico. Nell'ordine logico e nell'ordine fisico voi potete chiamare cause tutte quelle forze e quelle condizioni dal cui concorso l'evento risulta, e che si trovano rispetto a questo così strettamente collegate che, tolta una sola di esse, lo stesso evento sparisce. Ma nell'ordine giuridico la cosa procede diversamente. Quivi si tratta di rintracciare soltanto le cause civilmente e penalmente responsabili di un dato evento dannoso; — e quindi da quel complesso, da quell'intreccio di circostanze, di fenomeni e di fatti, volontari o involontari, da cui esso trae origine, bisogna assolutamente scartare, come cause irrilevanti, come non valori, tutti gli elementi irresponsabili, quali sono appunto le circostanze e gli avvenimenti naturali e i fatti volontari non illeciti. Non è che questi elementi logicamente e fisicamente non siano causa o concausa dell'evento, ma è che giuridicamente, ai fini della imputabilità, non sono tali, appunto perchè inimputabili. Nel mondo giuridico occorre accertare le cause responsabili di un fatto; e quindi tutto ciò che è fuori del concetto della responsabilità è fuori di quel mondo » (2).

Qualunque sia il giudizio che di queste osservazioni, indubbiamente saggie, voglio dire *de lege ferenda*, a me sembra che *de lege lata* esse urtino contro parecchi ostacoli. Intanto non è trascurabile, benchè io stesso nol riconosca definitivo, il riflesso che la interpretazione del Mosca ha contro di sè l'autorità del Pothier e dei lavori preparatorî del Codice francese, in questa parte, come si è detto, fedelmente riprodotto dal nostro. Domina e nel Pothier e nell'esposizione dei Motivi fatta dal Bigot-Préameneu al Corpo legislativo intorno all'Articolo che divenne il 1151 del Codice francese (1229 del nostro), non già il proposito di non arrestarsi nella

(1) Mosca, *Op. cit.*, pag. 19-36.
(2) *Idem*, pag. 20-21.

sequela dei danni risarcibili finchè non sorga, di rincontro o meglio a rinforzo dell'inadempimento imputabile al debitore, altro fattore di danni imputabile al creditore od a terzi, bensì il concetto di moderare i danni che pure abbiano come unica loro causa *giuridica* (per dirla col MOSCA) l'inadempimento del debitore. Chè anzi se qualche cosa può imputarsi e al POTHIER e al BIGOT-PRÉAMENEU è di aver usate espressioni tali, da lasciar credere a prima vista ch'essi accogliessero il vieto criterio del *damnum circa rem*, a questo solo limitando l'obbligo del risarcimento. Eccesso di benignità verso il debitore in colpa irrazionale, e smentito del resto dallo stesso POTHIER, che finisce con l'addossargli anche danni *extra rem* se preveduti o prevedibili da lui. Ma intanto esso mostra come si ponga addirittura agli antipodi della intenzione del legislatore chi trascorre, come il MOSCA, all'eccesso opposto. Documentiamo tutto ciò con le citazioni testuali. Leggiamo in POTHIER: « Il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionées l'inexécution de l'obligation et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire si le débiteur eût satisfait à son obligation. Il faut à cet égard distinguer différens cas et différentes espèces de dommages et intérêts; *et il faut même, selon les différens cas, apporter une certaine modération à la taxation et estimation de ceux dont il est tenu* » (1). Dunque il POTHIER era incline alla moderazione dei danni sino al punto da ammettere che talora si potesse persino temperare l'*importo* degli stessi danni indubbiamente dovuti dal debitore, punto sul quale avremo occasione di ritornare in seguito. Ed il principio che egli pone è questo che, se è in colpa e non in dolo, risponda il debitore dei soli danni prevedibili; quindi soggiunge: « Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts, que le créancier, par l'inexécution de l'obligation pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation; *damni et interesse propter ipsam rem non habitam* » (2). Di tutto ciò reca il predetto Autore molteplici esempi. Ne trascelgo uno: « Si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été evincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, resultans des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultans de ce que le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail: car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance

(1) POTHIER, cit. *Tr. des obligations*, n. 160, pag. 41.
(2) *Idem*, n. 161, pag. 41.

de la maison qui a fait l'objet de mon obligation et sont soufferts par le locataire *propter ipsam rem non habitam.* Mais si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai loué, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui est étranger et qui n'a pas été prévu lors du contrat » (1). Ma talvolta, osserva finalmente il Pothier, anche di simili danni, tuttochè estrinseci, il debitore sarà tenuto quando apparisca che sono stati per via del contratto previsti e che espressamente o tacitamente il debitore vi si è sobbarcato per il caso d'inadempimento della sua obbligazione. Quindi « si j'ai loué ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages et intérêts, dont je suis tenu envers lui, ne se borneront pas aux frais du délogement, et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation du prix des loyers, comme nous avons dit qu'ils devaient s'y borner dans l'espèce ci-devant rapportée: la perte, qu'il pourra faire de ses pratiques, devra aussi entrer pour quelque chose: car lui ayant loué ma maison pour y faire une boutique ou une auberge, cette espèce de dommage est un dommage dont le risque a été prévu et auquel je suis censé m'être tacitement soumis » (2). Sicchè in fondo la prevedibilità o meno, più che l'essere il danno *circa* od *extra rem*, è assunta dal Pothier come criterio (3). Ma non è tanto questo che qui interessa rilevare, quanto il fatto che da tutto l'assieme delle idee e degli esempi di quel grande ispiratore del Codice francese risulta, come già si era detto, un indirizzo diametralmente opposto a quello che segue il Mosca. Quanto poi al Bigot-Préameneu il passo della sua esposizione di motivi, a cui dianzi accennava, si riferisce all'ipotesi di inadempimento doloso. Vi si legge: « Mais dans ce cas-là même [di dolo] les dommages et intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention; il ne serait donc pas juste de les étendre à des pertes ou à des gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. *Ainsi* on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport à la chose ou au fait qui était l'objet de l'obligation, et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens » (4). E tornando al Pothier, là dove regola appunto questa ipotesi di obbligazione dolosamente inadempiuta, reca l'esempio di chi ha scientemente venduta una vacca infetta, che ha comunicato il contagio agli altri animali del compratore, e decide che anche di questo danno, tuttochè *extra rem*, dovrà senza dubbio rispondere, ma subito soggiunge proponendosi l'ipotesi di ulteriori danni con-

---

(1) *Ibid.*
(2) *Idem,* n. 162, pag. 42.
(3) Cfr. Chironi, *Op. cit.*, n. 254, pag. 572-573.
(4) Fenet, XIII. pag. 233.

seguenti alla perdita di detti animali. « A l'égard des autres dommages que j'ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu?.... La règle, qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et interêts, dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes » (1). E tuttociò egli contrasta con l'autorità del Dumoulin (Molinaeus), il cui *Tractatus de eo quod interest*, sostanzialmente seguito dal Pothier, fu detto giustamente costituire in questa parte la fonte principale del Diritto francese (2). Ora dice appunto il Dumoulin, a proposito del danno [illegible] che dolosamente incendiò la casa locata: « Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc datum et proxime ex igne secutum, non autem damnum postea succedens ex persona, etiam occasione illius combustionis, sine qua non contigisset, quia illud est damnum remotum, quod non est in consideratione » (3). Si potrà, concludendo, riprovare la formulazione non sempre felice dei principî adottati, si potrà dubitare della bontà di taluni fra gli esempi recati dai predetti Autori in tale materia, ma non si può disconoscere che la tradizione della dottrina, quale ha influito sul legislatore francese, non è tale certamente da suffragare l'assunto del Mosca.

Ma lo sorregge forse il testo della legge? Non mi sembra nemmeno. Parrà una sottigliezza, ma io credo che il Mosca sia giunto alle sovra esposte risultanze per ciò, che, con una semplice e a prima vista innocua inversione, ha tenuto sempre presente il concetto di *cause* dove il Codice parla di effetti. Tutto il suo ragionamento si aggira sulla diversa natura, fisica o logica, ovvero invece giuridica, delle cause concorrenti a produrre quei danni che tengon dietro all'adempimento dell'obbligazione, quasichè il legislatore avesse detto che la serie dei danni risarcibili rimane troncata solo dal sorgere di una concausa giuridica (perchè imputabile). Invece il legislatore ha tenuto presente la sola causa imputabile consistente nell'inadempimento dell'obbligazione, ed ha dichiarato che delle tante conseguenze dannose di quest'*unica* causa giuridica, non tutte entreranno nel computo del risarcimento dovuto, ma quelle soltanto che non siano troppo remote, indirette cioè e mediate, sia che a renderle tali intervenga il concorso di altre cause giuridiche, sia che intervenga invece il concorso di semplici cause fisiche. Questo il significato letterale e genuino, oltrechè rispondente, come si vide, alla *mens legis* non da altro dominata che da un intento di moderazione o limitazione di danni, quando si legga spassionatamente l'Art. 1229 del Codice.

---

(1) Pothier, *Op. cit.*, n. 167, pag. 44-45.

(2) Crome, *Op. cit.*, § 10, pag. 88, nota 1.

(3) Car. Molinaei, *Opera*, T. III (Parisiis, Dezallier 1681) *Tractatus de eo q. i.* (pag. 423-481), n. 179, pag. 473.

Finalmente mal risponde, a mio credere, il Mosca ad una obbiezione del Pessina (1). Suppongasi, dice l'illustre penalista, che una persona per colpa produca ad un'altra una perturbazione di mente (Art. 375 Cod. pen.). Il perturbato di mente, non essendo più *compos sui*, può commettere sopra di sè, o sopra altri, qualunque inconscio danno od eccidio. Ebbene le morti eventuali cagionate da questo folle dovranno essere attribuite all'autore del fatto colposo, da cui derivò il perturbamento di mente? No certo. E il Mosca di rimando: « Al che io replico di no, ma per una ragione che non contraddice affatto anzi [illegible] sempre più la mia teorica. Quando una persona per dolo, per colpa, o per caso, è diventata folle, sorge subito l'obbligo in altre persone (padre, madre, coniuge, figli, ecc.) di provvedere alla sua tutela ed alla sua custodia: anzi l'Art. 477 del Codice penale punisce come contravvenzione il fatto di lasciar vagare liberamente dei pazzi. Ora se quelle persone sono negligenti a provvedere alla custodia del folle, e se coloro a cui questi è stato affidato trascurano i loro doveri, è evidente che, tra il fatto colposo di chi cagionò la perturbazione di mente e gli eccidi e le stragi che costui commette, si interpone una nuova causa giuridica, un nuovo fatto illecito, che diventa a sua volta causa diretta ed immediata del sinistro, rendendo la prima una causa indiretta e mediata, e però non punibile ecc. ». Ma è facile replicare che il Mosca si configura per comodo suo l'ipotesi che queste stragi il folle le commetta qualche tempo dopo l'avvenuta perturbazione di mente e quando avea potuto frattanto costituirsi ed esercitarsi sopra di lui la vigilanza delle persone tenute a custodirlo; onde tutto il suo ragionamento cadrebbe se invece quelle stragi, quegli eccidi, fossero dal folle prodotti immediatamente nell'atto della improvvisa sua alienazione mentale. In tal caso, mancando la nuova causa giuridica, ed esistendo pei nuovi danni il solo concorso di una concausa fisica, del tutto fortuita, la responsabilità egli dovrebbe ammetterla, se vuol essere coerente. Gli è piuttosto che a questo rigore di coerenza logica c'è qualcosa che si ribella (senza che il Mosca espressamente lo avverta) ed è il buon senso giuridico o senso pratico che dir si voglia.

La conclusione cui mi conducono i riflessi sin qui esposti è quella stessa del Giorgi, le cui parole non mi sembrano in questa parte di colore così oscuro come son parse al Mosca (2). Aggravatisi i danni che hanno loro prima sorgente nell'inadempimento dell'obbligazione, pel concorso di circostanze fortuite, egli ammette che il debitore risponderà di quegli eventi che, sebbene meramente casuali, siano naturalmente congiunti con l'ina-

---

(1) Va notato che il Mosca del concetto di danno diretto e immediato tratta tutt'assieme come di un concetto unico in relazione e al Diritto civile (sia per la colpa contrattuale che per l'aquiliana) ed altresì al Diritto penale, cui si riferisce la memoria del Pessina in questa parte da lui considerata.

(2) Mosca, *Op. cit.*, pag. 5 e pag. 24.

dempimento e debbano necessariamente influire sui danni; congiunti in maniera che si possa dire, dato in quella fattispecie l'inadempimento, quei danni doveano necessariamente avverarsi. Dove manchi invece questa necessità, perchè fra l'inadempimento e i danni entri come causa a questi ultimi più prossima (il fatto del creditore o) il fortuito di pura occasione, i danni non sono risarcibili. Del che il Giorgi reca chiari esempi; ne riproduco uno. Se pel doloso contegno del locatore io conduttore di una casa sono costretto a sloggiare ben prima dell'espiro del contratto, ed io debbo provvedermi un'altra abitazione a più caro prezzo, perchè nel frattempo le vicende economiche hanno fatto elevare i fitti, questa differenza di prezzo, che pur si connette a tale circostanza casuale del mercato, mi dovrà essere da lui rimborsata perchè necessariamente collegata all'inadempimento come effetto alla causa. Mi saranno dovute del pari le spese per lo sgombero, ma se, nel trasporto dei mobili dall'una all'altra casa, taluni oggetti vengano deteriorati o rubati, non sarà questo un danno necessariamente collegato coll'inadempimento, nè dovrà quindi risarcirsi, perchè, quando anche non dipenda dal fatto mio per avere io imprudentemente impiegate nel trasporto persone disoneste, negligenti o mal pratiche, dipenderà per altro da un fortuito di mera occasione (1).

L'elemento subbiettivo, attinente cioè al titolo o grado che dir si voglia di imputabilità del debitore inadempiente, si riflette, secondo la nostra legislazione, che ha seguito anche qui la *francese* (cit. Art. 1150, 1151), sulla estensione dei danni da risarcirsi. Perchè infatti entro la cerchia dei danni diretti ed immediati, che in nessun caso, come si vide, deve essere oltrepassata, si distingue ulteriormente in base al criterio della prevedibilità. Trattandosi di colpa, il debitore risponde solo dei danni preveduti o prevedibili che conseguono all'inadempimento, mentre invece anche i non preveduti e

---

(1) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 98, pag. 129 - 133 (4. ediz.). Già nella scienza tedesca si era fatta in questa materia la differenza fra *causa* ed *occasione*. Veggasi particolarmente Dernburg, cit. *Pandekten*, II, § 45, pag. 126, ed il Crome, *Op. cit.*, § 10, pag. 92-93, ragionando sull'Art. 1151 del Codice francese (1229 del nostro) ci ravvisa scolpita siffatta distinzione, diretta a far sì che nel computo dei danni non si vada all'infinito. Ma certo anche egli non disconosce, come non lo disconosce il nostro Giorgi, che la distinzione *in concreto* torna spesso di difficile applicazione. Sarà questo, io soggiungo, uno dei tanti punti in cui la scienza giuridica non può tracciare che delle linee generali, e nella pratica loro attuazione converrà rimettersi al discernimento dei giudici.

non prevedibili stanno a suo carico, se versi in dolo (Art. 1228). Ma danni preveduti o prevedibili quando? Al tempo del contratto, risponde impropriamente il legislatore, dimentico per un momento della maggiore generalità del Titolo che stiamo commentando in confronto al corrispondente del Codice francese (v. s., n. 2, pag. 3). Noi diremo più esattamente che la prevedibilità si riferisce al momento in cui sorge l'obbligazione. Donde poi è venuto, si chiede, e come si giustifica cosifatto criterio? È assai dubbio ch'esso risponda al genuino Diritto romano (1). Venne invece al Diritto francese e quindi al nostro dal MOLINEO, attraverso il tramite solito del POTHIER, e la ragione onde essi lo giustificano, che è quella dopo di loro comunemente ripetuta, consiste in un presunto accordo delle parti sulla diligenza da prestarsi e sulla relativa responsabilità, dov'è naturale il pensare che non siansi impegnati a rispondere di danni non previsti nè prevedibili. Invece accordi simili aventi di mira l'ipotesi di dolo sarebbero del tutto illegali, non si possono quindi nè si debbono presumere (2). Nè mancano pure fra noi scrittori autorevoli che a simile ragionamento sottoscrivono (3). Ragionamento analogo a quello onde si

---

(1) Escludono che si abbia riguardo al criterio della prevedibilità o meno, fra altri, MOMMSEN, cit. *Beiträge*, II, pag. 165-171 (diretto specialmente a combattere il contrario assunto del MOLINAEUS), COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach röm. Recht* (Leipzig, Tauchnitz 1865) § 3, pag. 19 e § 12, pag. 137, WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 258, pag. 35, testo e nota 14 (7. ediz.). Sostiene invece anche per Diritto romano non dovuti i danni non prevedibili nel caso di semplice colpa JHERING, *Das Schuldmoment im röm. Privatrecht* (Giessen, Roth 1867), pag. 55 e segg.

(2) Cfr. MOLINAEUS, *Op. cit.*, n. 60, pag. 443 e *passim*, POTHIER, *Op. cit.*, n. 160 in fine, n. 161 e segg., pag. 41 e segg. Quanto ai commenti al Codice francese, bastino per tutti le seguenti parole che si leggono nelle cit. *Pandectes françaises*, v.° *Obligations*, n. 2084, pag. 256: « Cette différence entre les deux hypothèses se justifie d'ailleurs parfaitement. Lorsque le débiteur est de mauvaise foi, on ne peut plus, comme dans le cas ou il est de bonne foi, fonder son obligation sur une clause tacite de la convention.

(3) Basti trascrivere dal CHIRONI, *Op cit.*, n. 257, pag. 580, il seguente brano: « La legge distingue da ultimo i danni preveduti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, dai non preveduti o non prevedibili, collegando questo criterio di estimazione alla condizione soggettiva

usa suffragare la distinzione, comunemente accettata, fra la estensione e graduabilità della colpa contrattuale e della extracontrattuale. Se in questa si risponde di ogni minima colpa, mentre in quella solo della lieve, gli è perchè, si dice, nei rapporti contrattuali le parti possono pure accordarsi preventivamente sopra una responsabilità maggiore datochè non si accontentino di quella posta con criterio medio dalla legge, possibilità di previo accordo che non c' è pella colpa aquiliana, onde la legge dovette essere addirittura essa più esigente nel regolarla. E la stessa obbiezione ch' io ebbi già altra volta occasione di muovere a cosifatta argomentazione (1), va ripetuta nel caso attuale. Si accampa cioè un criterio del tutto unilaterale, perchè siamo in cospetto di norme che non si applicano solo ad obbligazioni contrattuali (v. s., n. 103, pag. 242 e pag. 245-246, ove si precisò la portata della colpa contrattuale, ben maggiore di quella che apparirebbe dalla espressione letterale), ed invece solo nei rapporti contrattuali sono possibili quei preventivi espressi accordi per estendere la responsabilità, o taciti per limitarla, ai quali si fa in questi temi ricorso degli autori predetti. Inoltre l' obbligo del risarcimento deve discendere dall' inadempimento imputabile in sè e per sè, come cosa *contra ius*, non già da presunzione di accordi fra le parti. Tutto ciò a tacere dell'altra obbiezione che pure scientificamente fu elevata contro il sistema della legislazione francese (e italiana), ch' essa cioè, ragguagliando la quantità dei danni da risarcire alla soggettiva gravità della mancanza dal debitore compiuta (dolo o colpa), applica al Diritto civile un criterio tutto proprio del Diritto penale. Al che mal si risponde dicendo che « la separazione tra giustizia civile e giustizia penale non sem-

---

dell' agente: e argomentando dal concetto, che nello stipulare il negozio le parti abbiano fin da quel momento pensato alle conseguenze che l' inadempimento, effettuandosi, potrebbe produrre nel patrimonio del creditore. Concezione esatta, rispondente alla buona fede che si presume presieda alle contrattazioni e che perciò vien meno se il *dolo* ha mosso il debitore a non adempiere ai suoi impegni. »

(1) Cfr. la mia recensione sulla *Colpa contrattuale* del CHIRONI (1. ed.), che ho già citata a pag. 285, nota 1.

bra tanto perfetta in linea teorica da potersi con taglio netto dovunque effettuare » e che « il risarcimento dei danni è uno di quei punti, in cui la separazione perfetta non riesce possibile, perchè questa è precisamente una materia dove i principii della giustizia penale si uniscono tanto strettamente con i principii della giustizia civile, che l'una non compie l'ufficio suo senza il soccorso dell'altra » (1). A queste affermazioni così generiche e vaghe contrasta lo sviluppo storico della teoria del risarcimento dei danni, l'evoluzione cioè che col progredire e con l'affinarsi del Diritto si è venuta attuando entro la sfera del Diritto privato dal concetto di pena a quello di puro risarcimento, scevro da ogni elemento di penalità (2), vi contrasta lo spirito generale della stessa nostra legislazione che è noto come tenga bene distinte, pur trattandosi di reati, l'azione penale dalla civile. E così dev'essere pure razionalmente. Interferenze fra Diritto civile e penale ci sono e molteplici: ne abbiamo noi stessi segnalato altrove un esempio (v. s., n. 93, pag. 236-238); ma è ben altra cosa l'ammettere che il criterio di penalità possa comunque entrare nel disciplinare ragioni di credito, troppo disparate appariscono in uno stadio di civiltà avanzata, i concetti di pena e di risarcimento (la pena, per dirne una, assolutamente personale, l'obbligo del risarcimento invece trasmissibile agli eredi). Chi parteggia dunque per il sistema presso di noi adottato dovrà convergere i suoi sforzi a dimostrare, se lo può, che vi è estranea ogni idea di pena, ma se vi si ravvisa invece questa commistione di penalità, la conclusione non può essere che di aperta censura. Un punto è comune, benchè anch'esso variamente apprezzato, in civile e in penale: l'imputabilità. Si risponde qua

---

(1) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 97, pag. 128 (4. ediz.).

(2) Jhering, cit. *Das Schuldmoment* « Das Strafprincip im Privatrecht ist der Gedanke einer niederen Culturstufe, welcher dem Fortschritt des Rechtsbewusstseins und der Rechtsentwicklung unabwendbar erliegt, um das Schadensersatzprincip an seine Stelle treten zu sehen » pag. 66. E cito un'autorità tanto meno sospetta inquanto vedemmo già il Jhering stesso sostenere per Diritto romano il criterio della prevedibilità come differenziale fra dolo e colpa. V. pure la nota che segue.

e là di un'azione solo inquanto è imputabile, ma poi la sanzione è affatto diversa, è pena in Diritto criminale, è risarcimento di danno in civile; e, poichè risarcimento significa sempre ripristino del patrimonio del creditore nello stato in cui sarebbe se non fosse accaduto l'evento dannoso, dietro il concetto già sviluppato ed entro i limiti del nesso causale, non dovrebbe il grado vario di imputabilità (dolo o colpa) tornar ad influire sulla estensione del danno da risarcire (1).

128 *bis*. È questione se il criterio della prevedibilità come limite del risarcimento nell'ipotesi di colpa vada applicato alla sola *qualità* od anche alla *quantità* del danno (2). Una certa specie di danno conseguente all'inadempimento colposo del debitore è fra quelli ch'egli deve risarcire perchè prevedibile, ma per circostanze speciali ne è oltre ogni previsione elevato l'importo. Dovrà forse questo importo ridursi alla stregua del predetto criterio?

---

(1) E però il [illegible], che almeno per ciò che riguarda il Diritto romano vedemmo sostenere la diversa estensione del risarcimento in base al criterio della prevedibilità del danno secondochè trattisi di dolo o di colpa, si trovò costretto a combattere il concetto del nesso causale (*Op. cit.*, pag. 55). Ma assumere, come fa pure il Giorgi, il nesso causale quale regolo del risarcimento da prestarsi e nel tempo stesso consentire che vi si infiltri più o meno un concetto penale, non pare cosa ragionevolmente plausibile.

(2) Che si applichi tanto alla specie che all'ammontare dei danni sostengono specialmente Aubry e Rau, *Op. cit.*, T. IV, § [illegible], pag. [illegible] testo e nota [illegible] e fra noi Giorgi, *Op. cit.*, II, n. 12[illegible], pag. [illegible] bis. Contra Toullier, *Op. cit.*, T. VI, [illegible] T. III dell'ediz. belga pag. [illegible], n. [illegible], Duranton, *Op. cit.*, T. IX dell'ediz. belga (XVI della francese), n. [illegible], pag. [illegible], Colmet de Santerre, *Op. cit.*, T. V, n. [illegible] bis III e IV, pag. [illegible], Larombière, *Op. cit.*, T. II, sull'Art. 1150, n. 10, pag. 40, Demolombe, *Op. cit.* T. XXIV, n. 593-595, pag. 583-591 (almeno pei danni intrinseci, ammettendo egli invece un temperamento per gli estrinseci nel successivo n. 596, pag. 591-593), Laurent, *Principes*, XVI, n. [illegible] pag. [illegible] che a torto il Giorgi dà come seguace dell'opposta teoria), Huc, *Op. cit.*, T. VII, n. 148, pagine 210-212, Crome, *Op. cit.*, § [illegible], pag. 91, nota 26 in fine, Baudry-Lacantinerie e Barde, *Op. e Vol. cit.*, n. [illegible], pag. [illegible], Chironi, *Colpa contratt.*, n. 257, pag. 580-582. Questa lista di autori sta contro l'asserzione del Giorgi che « l'opinione di Colmet de Santerre e Demolombe non ha incontrata l'approvazione dei successivi scrittori ».

L' essermi io tanto indugiato a dimostrare l' aberrazione dai principi contenuta nella esaminata norma lascia già comprendere com' io debba nel dubbio inclinare verso quella soluzione che più ne restringe la portata. Reputo dunque compreso nel risarcimento tutto quanto l' importo sia pure imprevedibile di un danno per sua natura prevedibile. Non si dica che l' Art. 1228 (1150 Cod. francese) non fa distinzione fra causa e quantità del danno parlando genericamente di danni preveduti o prevedibili. Rispondo che l' Art. 1228 si connette col susseguente in un unico sistema, nel quale chiaro emerge che il legislatore si è proposto di risolvere il quesito relativo alla qualità, non alla quantità di danni da risarcire secondochè di dolo si tratti o di colpa. Hanno poi molta importanza a sostegno della nostra tesi i precedenti della legge. Il Pothier, sempre seguendo il Dumoulin, risolveva la questione nel senso che noi stiamo oppugnando. Ecco le sue parole: À l' égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur, faute d' avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que, quand les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, *mais avec une certaine modération*..... Le débiteur, en s' obligeant aux dommages et intérêts qui résulteraient de l' inexécution de son obligation, est censé n' avoir entendu ni voulu s' obliger, que jusqu' à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut les dits dommages et intérêts, et non au delà: donc, *lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n' a pu jamais penser qu' ils seraient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés* à la somme à laquelle on pouvait raisonnablement penser qu' ils pourraient monter au plus haut, le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage » (1). Orbene, l' originario progetto francese sul Titolo delle obbligazioni, redatto dalla Commissione dell' anno VIII, seguiva in

(1) Pothier, cit. *Tr. des obligations*, n. 164, pag. 43-44.

tutto e per tutto il POTHIER. Nell'Art. 46, identico all'Art. 1150 del *Code civil*, lo avea seguito nel principio fondamentale che si risarcisce quella *specie* di danni avente il carattere della prevedibilità, poi nell'Art. 47 ne aveva accolto l'ulteriore temperamento riguardante la quantità dei danni stessi, disponendo: « Le juge doit toujours taxer les dommages-intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur » (1). Ma nella definitiva redazione quest'aggiunta dell'Art. 47 fu tolta, in base alle seguenti osservazioni molto significanti del BIGOT-PRÉAMENEU: « Il y eût eu de l'inconvénient à dire que les dommages et intérêts doivent, lorsqu'il n'y a point de dol, être taxés avec modération. La modération est un des caractères de l'équité; mais lorsqu'il est réellement dû des dommages et intérêts au créancier, il ne fallait pas que, contre l'équité, on pût induire de la loi que sa cause est défavorable » (2). Di fronte a tali precedenti appare insostenibile la tesi avversaria, nè regge affatto quanto scrive il GIORGI, che « altra cosa è attribuire al giudice facoltà di moderare la quantità dell'indennizzazione ad arbitrio suo, altra imporgli l'obbligo di non comprendere nella tassazione che i soli danni previsti e prevedibili ». È infatti evidente che proprio a quest'ultimo punto si riferiva il predetto Art. 47 del Progetto, quando lo si raffronti ai citati passi del POTHIER, ove della moderazione dei danni si parlava sempre in ordine al criterio della prevedibilità. Solo di fronte ad una legislazione come il *Codice svizzero delle obbligazioni* potrebbe sostenersi l'assunto che qui stiamo combattendo. Il legislatore svizzero invero ha fatto ciò che dichiarò di non voler fare il legislatore francese. Infatti all'Art. 116, dopo aver fissato che « il debitore obbligato al risarcimento è tenuto in ogni caso pel danno che al tempo del contratto poteva essere preveduto come conseguenza diretta dell'inadempimento o dell'imperfetto adempimento del contratto medesimo », soggiunge al capoverso: « Il giudice nel suo prudente criterio valuta il danno secondo le

---

(1) FENET, II, pag. 166.
(2) FENET, XIII, pag. 233.

circostanze ». Ma vi ha finalmente un argomento decisivo a favor nostro, e lo si desume dall'Art. 1489 (1633 del Cod. fr.) relativo all' evizione della cosa venduta. Vi si dice: « Se la cosa venduta fosse aumentata di prezzo al tempo dell'evizione, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto a pagargli ciò che supera il prezzo della vendita », senza limiti dunque, per quanto l'aumento di valore della cosa evitta abbia superato ogni previsione possibile al momento della vendita. È troppo comodo espediente quello degli avversari di ravvisare in questa disposizione una eccezione alla pretesa regola. Perchè si sarebbe fatta questa eccezione? I motivi che ricorrono nel caso di vendita non ci sarebbero anche per altri contratti, ad esempio in un contratto di locazione, se, costretto il conduttore ad abbandonare prima del tempo la casa indebitamente locatagli, non potesse procurarsene altra simile che con un rilevantissimo e in origine non previdibile aumento di mercede? Osservo anzi (cosa che non mi sembra da altri avvertita) che proprio il caso di evizione della cosa venduta aveva suggerito al POTHIER, sempre d'accordo col DUMOULIN, di ridurre al prevedibile l'entità del danno da risarcire, ispirandosi al principio che anima la l. un. Cod. de sent. quae pro eo quod interest profer. 7, 47 (1): ora se proprio nel detto caso di evizione troviamo sancito l'opposto dalla legislazione francese e dalla nostra, è d'uopo trarne la riprova che si volle in questo argomento assolutamente dipartirsi dalle idee del POTHIER e che quindi l'Art. 1489 (1633 Cod. fr.) è la più solenne applicazione e conferma del principio voluto accogliere, e non già una norma di carattere eccezionale.

Meno che mai, appena occorre accennarlo, si dovrà avere riguardo nella determinazione dell' indennizzo alla condizione economica dell' obbligato. Non c'è chi non vegga quanto sarebbe assurdo l'invocare qui un principio che il legislatore volle applicabile solo (Art. 143) nella determinazione degli alimenti dovuti per legge (2). Nemmeno potrà il debitore che

---

(1) POTHIER, *loc. cit.*, n. 164, pag. 43.

(2) Sent. 2 Giugno 1893 della Corte d'Appello di Venezia in causa Pellegrini-Astori c. Marozn-Pasqualini (*La Legge*. 1893, II, pag. 774).

non ha eseguita esattamente tutta l' obbligazione che gli incombeva pretendere di compensare questo danno col vantaggio che abbia d'altro canto recato. E però nell'Art. 1714 si legge: « Ciascuno dei soci è obbligato verso la società pei danni cagionati alla medesima per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati con la sua industria in altri affari ». Veggasi pure in proposito l'Art. 84 del Codice di commercio.

129. Alla regola sin dapprincipio illustrata, che persino in caso di inadempimento doloso non si risponda che dei danni diretti e immediati, si insegna doversi fare eccezione quando il debitore che mancò dolosamente di adempiere l'obbligazione lo abbia fatto con la intenzione deliberata di produrre anche i danni ulteriori (indiretti) (1). È stato poi presso di noi deciso che i danni indiretti per inadempimento contrattuale, se non coll'azione *ex contractu,* possano domandarsi con l'azione aquiliana contemporaneamente proposta (2). Questo concorso delle due azioni, già di per sè molto discutibile, presuppone risoluta in senso negativo altra questione di grave entità, che dovremo trattare quando discorreremo *ex professo* della colpa aquiliana, se cioè le norme limitatrici del risarcimento che valgono in caso di colpa contrattuale si estendano a quella extracontrattuale. Necessariamente dunque rinviamo al titolo della colpa aquiliana l' occuparci di siffatto argomento.

130. Indicate le norme fondamentali intorno al risarcimento, si tratta di vedere come il danno effettivamente si liquidi. Ordinariamente dovrà il giudice procedere a siffatta liquidazione, ma eccezionalmente può quest' opera del giudice essere resa inutile, perchè la liquidazione proceda o da convenzione delle parti, o dalla legge. Di questi tre diversi titoli di liquidazione (sentenza, convenzione, legge) passiamo ad occuparci in separati paragrafi.

---

(1) Larombière, *Op. cit.* T. II, sull'Art. 1151 n. 5, pag. 47, Demolombe, *Op. cit.*, T. XXIV, n. 603, pag. 601-602, *Pandectes françaises*, v.° *Obligations*, n. 2089, pag. 257, Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 100, pag. 135 (4. ediz.).

(2) Sent. 17 Aprile 1896 della Corte di Cassazione di Torino, in causa Curletti c. Mantovani (*La Legge,* 1896, II, pag. 307).

§ 2.

Liquidazione giudiziale dei danni.

SOMMARIO

131. Sono evidentemente diretti al giudice, come altrettante istruzioni sul modo ond'egli dovrà comportarsi, le norme illustrate nel paragrafo precedente intorno al concetto e all'entità dei danni da risarcirsi. Chè infatti trattandosi di liquidazione convenzionale diventa arbitra, come vedremo, la volontà delle parti, e per la liquidazione legale non aveva bisogno il legislatore di dettare preventivamente a sè stesso delle norme in base alle quali attuarla. Contenessero pure gli articoli esaminati i criteri informatori della liquidazione legale (e vedremo invece che non è del tutto così), certo è che non in riguardo ad essa si sarebbero scritti nel Codice, poichè il legislatore ordina e non motiva. Cómpito del giudice adunque sarà di seguire scrupolosamente le surripetute norme che furono stabilite per lui quale guida imprescindibile nella valutazione dei danni, e da questo cómpito esorbiterebbe arbitrandosi di fissare nella sua sentenza, come mezzo di coazione all' adempimento, una penale per ogni giorno di ritardo. Egli è chiamato a valutare danni, potrà anche liquidarli anticipatamente se fin d' ora concorrano tutti gli elementi per valutare il danno futuro, maturantesi di giorno in giorno finchè la mora continui, ma comminar pene come sprone all'adem-

pimento no, perchè nessun testo di legge lo consente (1) e perchè ciò rappresenterebbe la più deplorevole confusione fra i due concetti di pena e di risarcimento, che già vedemmo doversi nettamente distinguere. La sentenza liquidatrice dei danni pronunciata dal giudice di merito si potrà denunziare in Cassazione solo quando siano state nella valutazione inosservate le regole di legge, p. es. tenendo calcolo solo del danno emergente e rifiutandosi di computare il lucro cessante. Ma osservate quelle regole, nella determinazione del quantitativo alla quale si trovi condotto da esse e dagli elementi di fatto il giudice di merito è sovrano.

132. Ho accennato agli elementi di fatto che il giudice dovrà valutare. Egli invero liquiderà il danno in base alle prove fornitegli. Vuolsi notare soltanto che qui può funzionare uno speciale mezzo di prova, cioè il *giuramento estimatorio*. La prova generica di un danno sofferto dev'essere stata data dal creditore perchè si faccia luogo a tal giuramento, ma non basta. Dev'esserci altresì l'impossibilità di altro mezzo di prova, ed è naturale, perchè solo come a rimedio estremo si deve ricorrere alla dichiarazione sull'ammontare del danno emessa dalla parte interessata, sia pure sotto il vincolo del giuramento. Deve inoltre il giudice frenare il temibile arbitrio della parte interessata con lo stabilire « la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento » (Art. 1377) (2). La determinazione di questo *maximum* di credibilità è rimessa al sovrano apprezzamento del giudice, il quale però (3) deve

---

(1) Cfr. GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 155, 156, pag. 212-215, CHIRONI, *Op. cit.*, n. 270, 271, pag. 607-611. In questi autori trovansi altresì esatti richiami della dottrina e della giurisprudenza francese sull'argomento.

(2) In ciò e nella facoltà di aggiudicare un importo minore di quello risultante dal giuramento, il JHERING (*cit. Das Schuldmoment*, pag. 65) ravvisa un temperamento dell'originario carattere punitivo insito, secondo lui, in questo mezzo di prova.

(3) Così fu giudicato dalla Corte di Cassazione di Torino con sentenza dell'11 Agosto 1883 citata dal MATTIROLO, *Trattato di Diritto giudiziario civile*, Vol. II (4.ª ediz. Torino, Bocca 1894), n. 910, pag. 769 nota 1.

nella sua sentenza esprimere sotto pena di nullità i motivi di cotale apprezzamento. A tal uopo egli raccoglierà accuratamente, dice il MATTIROLO, tutti gli indizî, tutte le congetture possibili, e dovrà apprezzare le qualità personali dei litiganti nonchè la causa del danno (1). Il giuramento estimatorio non è che un mezzo di istruzione, ed è, ripeterò anche qui col citato insigne procedurista, pressochè comune insegnamento della dottrina e della giurisprudenza che il cosidetto caricamento dato col giuramento estimatorio deferito con sentenza interlocutoria all' attore è suscettivo di ulteriore discussione nel corso dello stesso giudizio, sia in base a documenti posteriormente prodotti, sia col mezzo di nuove considerazioni sopra titoli anteriormente prodotti; e che in ogni caso non vincola in modo assoluto il giudice nel determinare l' ammontare della condanna. Al che non consegue necessariamente che debba considerarsi e punirsi come spergiuro l'attore che prestò il giuramento, altro essendo una esagerata valutazione, altro la falsità, donde ciò che si legge nella l. 11 D. de in litem iurando 12, 3 di PAOLO: « De periurio eius qui ex necessitate iuris in litem iuravit quaeri facile non solere » (2).

---

(1) MATTIROLO, *Op. e Vol. cit.*, n. 910, pag. 768-769.

(2) MATTIROLO, *Op. e Vol. cit.* n. 916-918, pag. 771-773. È noto che il giuramento estimatorio chiamavasi dai Romani *iusiurandum in litem*. Sovra di esso cfr. C. BERTOLINI, *Il giuramento* ecc. (Roma, Loescher 1886), pag. 207 e segg.)

§ 3.

Liquidazione dei danni convenzionale.

SOMMARIO

133. Quando possa farsi questa liquidazione: si discorre in particolare di quella preventiva. — **134.** Clausola penale: concetto, natura giuridica e duplice funzione di essa. — **135.** Quando si incorra nella penale. — **136.** Effetti della clausola penale considerata come preventiva liquidazione dei danni. — **137.** Della *mulcta poenitentialis* o pena di recesso. — **138.** Della caparra.

133. La liquidazione convenzionale dei danni può avvenire in seguito all' inadempimento dell' obbligazione, quando il danno si è dunque già verificato, e allora non c' è nulla di particolare da avvertire: sarà evidentemente un accordo da osservarsi, datochè abbia tutti i requisiti di una valida convenzione in generale. Ma può anche avvenire prima che si verifichi il danno, mentre ancora non è giunto il termine per l' adempimento dell' obbligazione, od anche sin dal suo sorgere. Quest' ultimo anzi sarà il caso più frequente, e la forma ordinaria che assume allora la liquidazione è quella della clausola penale e della caparra. Dell' una e dell' altra passiamo ora a discorrere.

134. La clausola penale, che sarebbe erroneo il credere possibile solo nei contratti (1) (mentre p. es. può figurare in un testamento, stabilita dal disponente a carico dell' erede e

(1) Come afferma invece il Giorgi, *Op. cit.*, II, n. 154, pag. 212.

a favore dei legatari pel caso che l'erede stesso non soddisfi o non regolarmente i legati ha una duplice funzione, che si rileva dal combinato disposto degli Art. 1209 e 1212, 1° comma (corrispondenti, salvo un'opportuna aggiunta nel primo, agli Art. 1226 e 1229, 1° comma del *Codice francese)*. Dice il primo: « La clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione. » Dice il secondo: « La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale. » Essa dunque mira da un lato a rafforzare il vincolo obbligatorio, essendo il pericolo di incorrere nella pena stimolo per l'obbligato ad eseguire il debito suo, d'altro lato previene le difficoltà della liquidazione dei danni pel caso di inadempimento, preventivandone l'ammontare mediante l'importo della pena convenuta e dispensando, come vedremo, il creditore da ogni onere di prova. Il contenuto della clausola è d'ordinario una somma di danaro, ma potrebb'essere anche una prestazione d'indole diversa, come risulta dalla generica locuzione del riferito Art. 1209 e com'è altresì raffermato dalla l. 11 §. 2 D. de receptis qui arbitrium receperunt ut sent. dicant, 4, 8 di Ulpiano.

Il concorso delle accennate due funzioni rende alquanto complessa e difficile a definirsi la figura della clausola penale o pena convenzionale che dir si voglia. E poichè, conforme alla tradizionale denominazione di codesto istituto, si ravvisa da taluni carattere vero e proprio di pena nella coercizione all'adempimento inerente alla clausola, pare che il problema si complichi per quel tal divario che in una legislazione propria di civiltà avanzate vedemmo sussistere fra il concetto di pena e il concetto di risarcimento di danni (v. s. n. 128, pag. 364-366). Già fra romanisti troviamo opposte tendenze in proposito, ma pur non entrando, chè non è mio ufficio, in discussione con essi, dirò che parmi accettabile l'opinione intermedia, secondo cui nell'antico Diritto romano avrebbe predominato il concetto della pena, poi collo svolgersi e coll'estendersi del principio dell'interesse sarebbe cominciata anche qui l'evoluzione dal principio della pena a quello dell'indennizzo,

senza però che tale svolgimento sia riuscito a compiersi del tutto in Diritto romano, nel quale pertanto la clausola ebbe un carattere misto (1). Del resto anche chi parte dal punto della pena, collocando in seconda linea e quasi nell' ombra l' intento della compensazione dei danni (2), ne parla come di pena *sui generis* in confronto alle vere pene legali, sia perchè privata ne è la natura e la fonte, sia perchè si dirige proprio contro ciò che normalmente il Diritto criminale non colpisce, cioè l' infrazione di un contratto in sè e per sè considerata (cfr. *supra* n. 98, p. 236-238) (3). Ma sia pure quale si voglia il carattere della coercizione dalla clausola esercitata, la repugnanza a far entrare l' elemento penale vero e proprio nel regolamento di rapporti di Diritto privato non deve trarre all' estremo opposto, di far risaltare esclusivamente l' intento della compensazione dei danni, come quello che dia, per dir così, all' istituto in discorso la sola vera intonazione (4). Non c' è bisogno di violentare la realtà delle cose e la chiara espressione delle leggi che accennano ad un duplice ufficio della clausola penale, per una supposta necessità di salvare il retto funzionamento dei principi, i quali allora soltanto soffrireb-

---

(1) Così il BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il Diritto romano* (Roma, Accad. storico-giuridica 1894, estr. dal periodico *Studi e documenti di Storia e Diritto*, Anno XV), n. 49, pag. 80-82. Alla ricca bibliografia sull' argomento fornita dal BERTOLINI a pag. 85-88 della pregiata sua memoria, aggiungo come posteriori ad essa le seguenti monografie che ho utilmente consultate: SJÖGREN, *Ueber die Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden* (Berlin, Heymann 1896), PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander* (Berlin, Prager 1896), SPECKA, *Die Conventionalstrafe als Interesseersatz* (Berlin, Struppe u. Winckler 1897). E fra noi DE CRESCENZIO, v.° *Obbligazione* (in Enciclop. giur. ital., Vol. XII, Parte I, §§. 58 e 59, pag. 340-370.

(2) Com' è il SJÖGREN, che scrive (*Op. cit.*, §. 1 pag. 6): « Allein selbstredend muss davon ausgegangen werden, dass die Conventionalstrafe das ist, wofür sie sich ausgiebt, d. h. eine versprochene *Strafe*, nicht ein versprochener *Schadenersatz* ». Informato allo stesso indirizzo è fra noi lo scritto di F. MAZZOLANI, *Qualche osservazione sugli Art. 1209 e segg. del Cod. civ.* nel periodico *La Legge* del 1892, I, pag. 31-34 (Vol. XXXII).

(3) SJÖGREN, *Op. cit.*, § 11, pag. 11-12.

(4) Che è l' assunto dominante nel citato lavoro dello SPECKA.

bero offesa quando nella valutazione del risarcimento come tale entrassero criterî di penalità. Invece che cosa abbiamo praticamente? Abbiamo questo, che la funzione coercitiva della clausola (sia o no vera pena non monta), lungi dal determinare il computo dei danni da risarcire, può in realtà non sussistere, affacciandosi allora soltanto che la clausola contenga un qualche cosa di più dell' esatto importo a cui l' indennizzo ascende. Se infatti l' importo della clausola corrisponda perfettamente a quello dei danni da risarcire, il debitore non avrà in essa uno stimolo all' adempimento dell' obbligazione, e men che mai se vi stia al di sotto, cosa pur possibile perchè l'ammontare dei danni, per circostanze verificatesi nel tempo intermedio fra il sorgere dell'obbligazione e la scadenza, oltrepassi di gran lunga le previsioni originarie, per quanto valutate nella clausola con molta larghezza e tradotte in una cifra elevata. Il creditore, in altre parole, fintantochè si propone semplicemente di liquidare a priori i danni, non è mosso da alcun intento di rafforzare l' obbligazione, e se vuole questo ulteriore intento sa che oltrepassa i limiti del vero e proprio risarcimento. Certo però che anche in quest' ultimo caso l' importo della clausola si prende nella sua totalità come rappresentante il risarcimento, benchè in realtà lo oltrepassi, ma questo perchè, per scinderlo in due parti e dire sino a tanto essa rappresenta l' indennizzo, per quel tanto di più fungeva da stimolo all' adempimento dell' obbligazione, bisognerebbe istituire quelle indagini sulla esistenza e sull' ammontare del danno, che la clausola penale ha il vantaggio e lo scopo di evitare nell' interesse del creditore.

Per noi che dobbiamo studiare qui la clausola penale sotto l' aspetto di preventiva liquidazione di danni, si manifesta appunto in ciò la sua importanza pratica, che fino *ab antiquo* ne fece raccomandare l' uso, specie nelle *obligationes faciendi*, dove più difficile si presenta la prova della precisa estensione dei danni conseguenti all' inadempimento (1). Nè

---

(1) § 7 Inst., de verb. obl. 3.15: « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri, et in huiusmodi stipulationibus *optimum erit* poenam subiicere, ne quantitas

solo per l' ipotesi di inadempimento assoluto può darsi che venga fissata una penale, ma altresì in previsione che non venga osservata una od altra modalità dell' obbligazione. E qui si considera particolarmente il caso di esecuzione fuori del debito termine, in altre parole di penale pel ritardo, quale suolsi stipulare, ad esempio, nei contratti di appalto: tante lire al giorno di penale per la tardata consegna dell' opera. Ma potrebbe ugualmente stabilirsi una penale pel caso di esecuzione non nel debito luogo, e così dicasi di altre modalità. È del pari di tutta evidenza che se da un determinato rapporto giuridico originano obbligazioni varie a carico del debitore, può la penale esser diretta a cautelarle tutte ovvero una od alcune soltanto, ed allora per le rimanenti si applicheranno in caso di inesecuzione le norme della liquidazione giudiziale (o legale se ne ricorrano gli estremi che studieremo nel paragrafo seguente).

La clausola penale ha carattere di obbligazione accessoria (v. s., n. 46, pag. 131), e ciò spiega la disposizione dell'Art. 1210, per cui « la nullità dell' obbligazione principale produce la nullità della clausola penale »: *accessorium sequitur principale*. Nullo ad esempio un contratto avente una causa immorale, sarà nulla altresì la clausola penale che vi si fosse aggiunta. E perchè, viceversa, l' accessorio non può influire sul principale, s' intende da sè il capoverso del citato articolo, che suona: « La nullità della clausola penale non produce quella dell' obbligazione principale. »

Senonchè noi sappiamo che, ove ricorra la cosidetta *culpa in contrahendo*, potremo avere argomento per riparazione di

---

stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. » l. 137 § 7 D. de verb. obligat. 45. 1 di VENULEIO: « Si ut aliquid fiat stipulemur *et usitatius et elegantius* esse Labeo ait sic subiici poenam: si ita factum non erit etc. » E più in generale relativamente alle stipulazioni pretorie l. 11 D. de stipulat. praet. 46. 5 dello stesso: « In eiusmodi stipulationibus quae, quanti res est promissionem habent, *commodius* est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur. » Ecco dunque lodata la clausola come provvedimento ottimo, comodo e persino elegante, ed attestato in pari tempo come ne fosse frequente l' uso.

danni pur non sorgendo o non attuandosi il rapporto giuridico dalle parti contraenti divisato (v. s., n. 118, pag. 303 e seg.) Ed ecco allora possibile la clausola penale in previsione di simili danni (1). Qualche altra ipotesi che pur si suole indicare come eccezionale, inquanto la clausola vi assuma carattere autonomo anzichè accessorio, non mi sembra giuridicamente esatta. Così è del caso in cui taluno sotto una data penale prometta il fatto altrui (2). E di vero anche allora la clausola accede ad un' obbligazione perfettamente valida, ma il cui oggetto immediato si presenta come non coercibile. Infatti lungi dall' *inibire* la promessa di un fatto altrui, soggiungendo soltanto ch' essa può far luogo a risarcimento dei danni (che sarebbe formula analoga a quella usata dall' Art. 1459 per la vendita di cosa altrui), si dice tutto all' opposto all' Art. 1129: « *Può* taluno obbligarsi verso un altro promettendo il fatto di una terza persona. » E solo proseguendo a determinare il contenuto di simile obbligazione, si soggiunge: « Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione. » È troppo evidente infatti che, se io prometto a Tizio che Caio gli farà un dato lavoro, l' oggetto che l' obbligazione ha direttamente di mira non è coercibile, non potendo io disporre dell' attività di un terzo (Caio) e vincolarlo a Tizio. Si intende allora per legge il contratto nel senso che ne sia oggetto o l' opera di Caio, o, s' egli non vorrà prestarvisi, il relativo indennizzo a carico di me che la ho promessa. E se così è, entrando per tal modo

---

(1) Credo preferibile questa formula generica all' esame che gli autori sogliono fare di singoli casi, soffermandosi particolarmente su quello della vendita di cosa altrui. Cfr. p. es., fra tanti, DURANTON, *Op. cit.*, T. VI della cit. ediz. belga (XI della francese), n. 328, pag. 364, COLMET DE SANTERRE, *Op. cit.*, T. V, n. 163 bis III, pag. 282, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, T. IV, §. 309 testo e nota 4, pag. 113, LAURENT, *Principes*, XVII, n. 430, pag. 430-431, BORSARI, *Op. cit.*, Vol. III, Parte II, sugli Art. 1209-1210, pag. 521-522, GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 449, pag. 513.

(2) Cfr. parecchi degli autori indicati nella nota precedente e LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. IV, sull' Art. 1227, n. 6, pag. 11-12.

l'indennizzo come oggetto (suppletorio) della mia obbligazione, lo si potrà sin dapprincipio tradurre sotto forma di clausola penale. In fine dei conti il resultato pratico è quello stesso che si ha nel caso in cui si prometta non un fatto altrui, ma un fatto proprio, ove sia di quelli che altrove dichiarammo non fungibili (v. s., n. 35, pag. 96), trovando allora perfetta applicazione la massima *Nemo praecise cogi potest ad factum*, sicchè coercibile resta il solo indennizzo se il debitore si rifiuti in via assoluta a prestare la promessa opera propria. E però la clausola penale, considerata, come noi stiamo facendo, sotto il punto di vista di una preventiva liquidazione di danni, agirebbe ugualmente nell' un caso e nell' altro (1).

Finalmente carattere di obbligazione principale verrebbe ad assumere, secondo l'autorevole parere di molti, la clausola penale nei contratti a favore dei terzi (2). Il principio romano *alteri stipulari nemo potest*, motivato con la mancanza di interesse nello stipulante, si è ripercosso nel Diritto moderno, donde la disposizione dell' Art. 1128, 1° comma del nostro Codice, corrispondente all' Art. 1119 del francese: « Nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per sè medesimo. » Ma già il Diritto romano additava nella *stipulatio poenae* l' espediente onde pervenire a quel risultato che non si poteva direttamente raggiungere per difetto di sanzione legale: « Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim huiusmodi stipulationes,

---

(1) Badisi bene che non intendo di dire che giuridicamente le due posizioni siano identiche. Tengo solo presente il risultato ultimo cui si giunge nelle vie esecutive. Chè, quando si promette il fatto proprio, trattisi pure di opere non fungibili, la citazione e la condanna debbono concernere la precisa prestazione promessa, e soltanto in via subordinata potrà chiedersi e pronunziarsi la condanna pecuniaria pel caso di persistente inadempimento da parte del debitore anche dopo la sentenza. Cfr. l'ampia trattazione che di ciò ho fatta nella cit. mia *Dazione in pagamento*, Vol. I, n. 56 in fine, 57, 57 bis, pag. 135-144. — Il carattere comune fra le accennate due ipotesi (promessa di un fatto altrui e promessa di un' opera propria infungibile) è la non coercibilità, ma questa è cosa che riguarda lo stadio di esecuzione.

(2) Cfr. la nota 2 a pag. precedente.

ut unusquisque sibi acquirat quo (o quod) sua interest; ceterum ut alii detur nihil interest mea. *Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest;* poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis. » Così suona la notissima l. 38, §. 17 de verb. obl. 45. 1 di ULPIANO. Non è già che l'accessorio convalidasse il principale, chè sarebbe assurdo, ma invece la *stipulatio poenae* era dessa considerata principale, anzi per essere più esatti era la sola obbligazione validamente assunta sotto la condizione potestativa pel promittente ch'egli non avesse eseguita una data prestazione a favore di un terzo, condizione benissimo apponibile perchè avente un contenuto lecito, chè certo non una causa di illiceità, bensì il preteso difetto di interesse, motivava il divieto di stipulare a favore di terzi (1). Espediente questo che nel Diritto romano fu usato per molti altri casi dove originariamente si aveano promesse non tutelate o non pienamente dalla legge, quali p. es. le promesse di un *incertum* finchè durò il divieto di dedurle in una *stipulatio* (2); onde si può affermare senz'altro che in Diritto romano, accanto alle due funzioni tante volte ricordate ed oggi pure ammesse, la clausola penale ne ebbe una terza anche più importante per la storia del Diritto, avvegnachè servisse qual ponte di passaggio all'accoglimento di obbligazioni dianzi disconosciute, funzione consistente nel far conseguire indirettamente a negozî sforniti o mal forniti di sanzione legale l'effetto pratico avuto di mira nel porli in essere. Ristretta oggidì ai contratti a favore dei terzi l'indagine se una funzione simile spetti tuttora alla clausola penale, viene da sè che ne rinviamo la trattazione al titolo dove si parlerà

---

(1) SJÖGREN, *Op. cit.*, §. 6, pag. 50-57 e con lui PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi secondo il Diritto romano e civile* (Innsbruck, Wagner 1898), pag. 171-172.

(2) Altri esempi ancora veggansi in BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 10, pag. 16-17.

degli effetti dei contratti, che è la sede propria per l'illustrazione del ricordato principio che l'Art. 1128 consacra (1).

Nella dimostrata natura di obbligazione accessoria propria della clausola penale risiede intanto, a non dubitarne, uno dei caratteri differenziali fra obbligazione con clausola penale e obbligazione condizionale (altri potremo incontrarne in seguito). Ciò che ne induce ad un fugace raffronto fra queste due specie di obbligazioni si è quell'elemento di condizionalità che pure è innegabile connettersi alla clausola penale, dacchè ciò che ne forma l'oggetto dovrà prestarsi *se non* verrà eseguita l'obbligazione principale. Pure l'essere la clausola un accessorio importa, come si vide, ch'essa di regola cade con l'obbligazione principale: nulla p. es. la vendita di cosa già perita al momento della stipulazione (Art. 1461), la penale di cento onde questa si fosse rafforzata non sarà certo dovuta. Chè se invece io prometto a Tizio cento se non gli darò cosa inesistente, si ha un'obbligazione subordinata a condizione necessaria, e però valida e perfettamente attuabile giusta le norme che altrove ho esposte (V. s., n. 49, pag. 142) (2).

135. Prima di esaminare gli effetti della clausola, considerata come preventiva liquidazione dei danni, si presenta la domanda: Quando nella clausola stessa si incorra. È facile rispondere che ciò avverrà quando rimanga ineseguita l'obbligazione, ovvero quando non siano osservate quelle modalità di esecuzione (tempo, luogo e simili), a guarentire le quali la penale è diretta. Ma l'inadempimento così inteso vuol essere imputabile al debitore: manca altrimenti il requisito

---

1) A chi volesse sin d'ora formarsene un'idea indico, a risparmio di più estese citazioni, quali sostenitori fra noi di opposte tendenze (e non solo su questo punto della clausola penale, ma sul punto capitale dell'estensione da darsi oggidì al divieto di contratti a favore di terzi) da una parte il citato Pacchioni e dall'altra L. Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi* (Verona, Tedeschi 1889), specialmente al §. 37 pag. 90-92 e al §. 50, pag. 122-128.

(2) Così anche per Diritto romano. Cfr. Bertolini, *Op. cit.*, n. 18, pag. 22.

fondamentale di un' azione di danni non rispondendo il debitore che dell' inadempimento o del ritardo (mora) proveniente da dolo o colpa. E dove non è concepibile azione di danni non può funzionare un istituto che mira a liquidarli. Pare opinione oggidì dominante che di regola vigesse il principio opposto in Diritto romano (1) e molti testi infatti la suffragano (2): ma se così è, non vi si può che ravvisare una deviazione dalle norme sul risarcimento che pure per Diritto romano presupponeva la colpa dell' obbligato. Erra dunque chi dice che in questo verificarsi della *commissio poenae* anche se non vi è stata colpa da parte del promittente « vediamo manifestarsi il principio del risarcimento dell' interesse, mentre secondo il principio della pena l' inesecuzione dovrebbe essere imputabile al debitore perchè fosse tenuto » (3). Nè pena nè obbligo di risarcimento ove esula ogni criterio di colpa. Piuttosto io ne trarrei la conseguenza che il Diritto romano attribuì alla *stipulatio poenae* anche l' ufficio di una tacita assunzione dei rischi per parte del debitore, in aggiunta alle tante altre funzioni per cui codesto istituto acquistò in quella legislazione una singolarissima importanza. Nulla di ciò oggidì, non risultando da nessun articolo del Codice (come invece da qualche articolo risulta per taluni casi di *stima* concomitante ai contratti) che alla clausola penale possa mai darsi una simile interpretazione.

C' è chi afferma che si accosta invece per questa parte al Diritto romano il *Codice svizzero delle obbligazioni*, deducendolo a *contrariis* dall' Art. 180 capov., ov' è detto « Se il danno eccede l' ammontare della pena, il creditore non può richiedere una maggiore indennità, ove egli non provi la colpa del debitore. » Segno dunque, si dice, che inquanto il creditore non esiga niente di più della pena, dalla colpa si prescinde (4). No, io rispondo,

---

(1) Cfr. Bertolini *Op. cit.*, n. 33, pag. 44-52, Pergament, *Op. cit.*, §. 9, Beilage XV, pag. 61-62 e Autori ivi citati.

(2) l. 22 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 di Paolo, l. 9 D. de naut. foen. 22. 2 di Labeone, l. 77 D. de verb. oblig. 45. 1 di Paolo, l. 67 §. 1. D. de furtis, 47. 2 di Celso.

(3) Bertolini, *Op. cit.*, n. 49, pag. 80.

(4) Così Pergament, *Op. cit.* §. 9, pag. 60.

non dalla colpa prescinde in tal caso il legislatore svizzero, ma dall'obbligo pel creditore di provarla, cosa più che normale e che anche da noi dovrà valere come pienamente conforme alle norme di diritto probatorio ove trattisi di inadempimento colposo (v. s., n. 114, pag. 296-298). Sta invece nel successivo articolo di quel Codice, il 181, una speciale limitazione per cui non potremmo dire nemmeno ch'esso interamente concordi col nostro. Vi si legge infatti: « La pena convenzionale non può essere richiesta.... quando l'adempimento del contratto sia divenuto impossibile per fatto del creditore, o per un caso che abbia colpito la sua persona, o *per effetto di forza maggiore (höhere Gewalt)*. » Essendo infatti per quella legislazione la forza maggiore qualche cosa di diverso e più grave del *semplice caso* (1), e solo quando essa intervenga ammettendosi esonero del debitore dalla penale, resterà possibile pel Codice svizzero che la pena si incorra pure in talune ipotesi di inadempimento non imputabile (motivato da *semplice caso*).

Applicazione pura e semplice di principî già esposti circa la *mora ex re* e la *mora ex persona* è l'Art. 1213, che suona: « Se l'obbligazione principale contiene un termine nel quale deve eseguirsi, la pena s'incorre quando il termine viene a scadere: se l'obbligazione non contiene un termine, la pena non s'incorre dal debitore se non quando è costituito in mora. » Sulla prima parte di questo articolo potremo fondarci per sostenere anche nel nostro Diritto ciò che valeva in Diritto romano giusta la l. 124 D. de verb. obl. 45. 1 di Papiniano e la l. 10 §. 1 D. si quis caution. in iudicio etc. 2. 11 di Paolo, che cioè, se anche prima che il termine spiri si renda manifesta l'impossibilità assoluta che il debitore adempia l'obbligazione principale, la penale tuttavia non sarà dovuta che all'espiro del termine. Nel che anche pel nostro Diritto, come altri ha già avvertito pel Diritto romano (2), si ha una nuova differenza fra l'obbligazione con clausola penale e l'obbligazione condizionale, come risulta dal confronto del citato Art. 1213 coll'Art. 1168, che verrà a suo luogo illustrato.

Trattandosi di obbligazione di non fare, come vale il principio che il debitore che vi contravviene è tenuto ai danni

---

(1) Cfr. Schneider u. Fick, *Op. cit.*, I, sull'art. 181, n. 5, pag. 317.
(2) Bertolini, *Op. cit.*, n. 29, pag. 36.

pel solo fatto della contravvenzione (Art. 1220), così la regola sarà che la semplice contravvenzione basti altresì a farlo incorrere nella penale.

136. Quanto agli effetti della clausola penale domina sovrano il principio del rispetto dovuto alla volontà degli autori della obbligazione ed alla libertà contrattuale, tanto che nella Relazione Pisanelli vediamo spiegato uno dei principî fondamentali in questa materia, racchiuso nell' Art. 1230 che esamineremo bentosto, come un' applicazione pura e semplice dell' Art. 1123, secondo cui « i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti », « arbitri », per usare le parole del PISANELLI stesso, di « regolare le loro obbligazioni nel modo che meglio avviseranno, senza dare facoltà al giudice di modificarle a sua volta sotto l' aspetto di equità. » (1). È sempre lo spirito stesso che ha guidata la nostra legislazione, quando non ammise limiti alla libertà degli interessi e quando solo in via eccezionalissima accolse (Art. 1308, 1038, 1529) rescindibilità di contratti per lesione. Ecco perchè, per esagerato che sia l'importo della penale, non può il giudice che la dichiari incorsa moderarlo, come non potrebbe d' altro canto accrescerlo se troppo esiguo. È ciò che si desume appunto dal citato Art. 1230, sul quale ci soffermeremo tra breve. Ad un principio affatto opposto si informano altre legislazioni, per dirne una il *Codice austriaco* (2). E ciò è a sua volta perfettamente consono allo spirito anima-

---

(1) *Relazione Pisanelli* nella Raccolta del GIANZANA. Vol. I, n. 146, pag. 89-90.

(2) *Cod. civ. austriaco*, § 1336 « I contraenti possono specialmente convenire che nel caso in cui la promessa o non venga menomamente adempiuta, o non nel modo dovuto, o venga adempiuta troppo tardi, sia prestata in luogo di riparazione del danno una determinata quantità di danaro o di altra cosa. [Tuttavia nel mutuo non può dal giudice per questo titolo di mora al pagamento aggiudicarsi una quantità maggiore del massimo legittimo interesse]. In altri casi, se il debitore prova essere eccedente (meglio si direbbe eccessiva) la pena convenzionale, il giudice, sentite ove occorra esperte persone, deve moderarla. » A questo articolo nella parte che abbiamo chiusa fra parentesi quadre derogò una Legge austriaca del 14 Giugno 1868.

tore di quel Codice, che non ammetteva la libertà degli interessi (1) e adottava quale misura generale in tutti i contratti bilaterali e a favore di ambe le parti contraenti il rimedio della rescindibilità per lesione oltre la metà (2). Quando si tenga presente questo diverso spirito delle due legislazioni, si spiega benissimo come scrittori che commentarono il Codice austriaco abbiano sostenuto che il debitore non debba affatto la penale se venga dimostrato che dall' inadempimento dell'obbligazione non derivò al creditore alcun danno (3) e che non si possa invece assolutamente accogliere simile conclusione presso di noi (4). Fu ben detto difatti in ordine al *Codice francese,* e può ripetersi per il nostro, che l'effetto della clausola penale è di determinare i danni a priori e *à forfait* (5) e così serve appunto a troncare le difficili questioni sull'esistenza e sull' ammontare dei danni stessi, giusta il concetto assai bene espresso da ULPIANO nella citata l. 38 § 17 de verb. oblig. 45, 1: « committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis ». Che più? È così connaturale al concetto della clausola penale che si debba prescindere dall' esaminare se danno realmente ci fu, che troviamo persino una legislazione la quale ammette la moderabilità di una penale eccessiva, ed esclude invece la ricerca sull' esistenza o no del danno. Alludo al *Codice svizzero delle obbligazioni,* dove l'Art. 182 dispone: « L' ammontare della pena convenzionale è rilasciato all'arbi-

---

(1) Cfr. il § 994 del *Codice civ. austriaco,* nonchè la Notificazione governativa del 14 Maggio 1847.

(2) *Cod. civ. austriaco,* § 934.

(3) Così p. es. ELLINGER, *Manuale del Dir. civ. austriaco* (traduz. ital. ROTONDI), Vol. II (Milano, Anzione 1853), sul § 1336, pag. 318, BASEVI, *Annotazioni pratiche al Cod. civ. austriaco* (Milano, Bolchesi 1859), sul § 1336, n. 1, pag. 649.

(4) Il solo a sostenerla, ch'io sappia, era stato il CHIRONI nella 1.ª ed. della *Colpa contrattuale* (n. 265, pag. 283-281). Ma anch' egli si è ricreduto nella 2.ª edizione (n. 265, pag. 598-599), mal ricorrendo però al concetto di *pena* ch' egli ravvisa nella clausola.

(5) Fra altri cfr. AUBRY e RAU, *Op. cit.,* T. IV, § 309, pag. 114.

trio delle parti: ove questa nullameno fosse eccessiva, il giudice può diminuirla secondo il suo prudente criterio »; mentre all'Art. 180, 1. comma, si legge: « La pena convenzionale è dovuta sebbene non sia derivato alcun danno al creditore ». Certo però che un tale sistema pecca di incoerenza.

Senonchè il principio che il giudice non possa moderare l'importo della pena soffre una limitazione assai razionale nel caso in cui l'obbligazione fosse stata eseguita in parte. Dispone infatti l'Art. 1214: « La pena può essere diminuita dal giudice, allorchè l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ». Badisi però che anche allora questa moderazione della pena non è un obbligo, ma una facoltà per il giudice, il quale si regolerà (è comune insegnamento, sicchè ometto ogni citazione in proposito) col criterio dell'utilità che dalla prestazione parziale ritrasse o no il creditore. Esempio. Di cento moggia di grano che Tizio avea promesso di consegnarmi pel tal giorno, pena mille lire, me ne consegna, ed io ricevo, cinquanta. È giusto allora che di una metà il giudice riduca la penale, e così fu recentemente deciso nel caso analogo di un impresario teatrale che si era impegnato verso il Comune di Napoli, sotto una data penale, ad una serie di rappresentazioni e non ne aveva date che una parte (1). Ma se invece la parte di prestazione compiuta non profitti per nulla al creditore, come avverrebbe se Tizio, che aveva assunto per me il mandato di compiere un dato affare, vi dà principio e poscia lo tronca, è evidente che il giudice farà bene a non diminuire la pena.

In questa materia che concerne le restrizioni alla penale ammesse o non ammesse dalle varie legislazioni nell'interesse dei debitori, per preservarli da immoderati oneri, i quali tanto più facilmente si promettono inquanto si calcola che non verrà il caso di soggiacervi, merita speciale men-

---

(1) Definitivamente in sede di rinvio decideva così la Corte d'Appello di Napoli in causa Fall. Basso c. Comune di Napoli con Sent. 11 Marzo 1898 (*Monit. dei Trib.* XXXIX, pag. 816). In senso diametralmente opposto Corte di Appello di Roma in causa Comune di Roma c. Cesari, Sentenza 7 Luglio 1896 (Rep. 1896 del *Foro it.*, col. 938 A).

zione il *Landrecht prussiano*, che non permette si vada più in là del doppio dell'interesse e vuole che il giudice a questo limite riduca la penale che lo eccedesse (1). Nel che forse si rispecchia una inveterata misintelligenza della nota l. un. Cod. de sent. quae pro eo q. i. prof. 7, 47 (2). Quando poi ora si tengano presenti il nuovo *Codice civile germanico* del 1896 e il nuovo *Codice commerciale germanico* del 10 Maggio 1897, destinati ad entrare contemporaneamente in vigore, si ha che a partire dal 1900 si farà distinzione in Germania su questo argomento della moderabilità della penale, secondochè trattisi di materia civile o commerciale: moderabile la pena in civile (3), non lo sarà affatto in commerciale (4). Della qual differenza i compilatori del Progetto di Codice commerciale tedesco hanno addotte ragioni in verità poco persuasive invocando (traduco quasi alla lettera) prima di tutto il fatto che in commercio si deve far assegnamento più che in civile sull'adempimento puntuale ed esatto di ogni obbligazione, e poi la presunzione generale che un negoziante sappia apprezzare al suo giusto la entità dell'impegno che assume, sottoponendosi ad una data penale per la ipotesi di inesecuzione di un contratto (5). Senza prendere qui partito sulla convenienza di unificare il Diritto civile e il commerciale (v. s., n. 6, pag. 6), questo bensì affermo che potranno ammettersi norme diverse inquanto ne

---

(1) *Allgem. Preuss. Landrecht*, I. Th., 5 Tit., § 301. Dopochè nel precedente § si è posta la massima del rispetto alla convenzione delle parti quanto alla penale pattuita in contratti diversi dal mutuo, il 301 dispone: « Wird jedoch dadurch der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesse überstiegen, so muss der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermässigen ».

(2) Cfr. Bertolini, *Op. cit.*, n. 5, pag. 7.

(3) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.* § 343: « Ist eine verwirkte Strafe unverhältnissmässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden ». Tuttavia « Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloss das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen ».

(4) *Handelsgesetzb. a. a. O.* § 348: « Eine Vertragsstrafe die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden ». Del resto per alcuni paesi della Germania, per es. quelli retti dal *Landrecht prussiano*, la differenza in proposito esiste anche oggidì fra la materia civile e la commerciale, poichè il vigente Codice di commercio germanico del 17 Dicembre 1862, all'Art. 284 dispone: « La pena convenzionale non è soggetta ad alcuna limitazione quanto all'importo; essa può sorpassare il doppio dell'interesse ».

(5) *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift* (amtl. Ausgabe. Berlin, Guttentag 1896), sul § 330 del Progetto, pag. 194.

derivino al commercio maggiore speditezza di contrattazioni, agevolezza di forme e forse anche gravità di sanzioni per la molteplicità degli interessi che vi si connettono, ma che, dove invece è questione di buona fede e di moralità, la coscienza giuridica oggimai si ribella ad usare due pesi e due misure. E se l'essere obbligati ad osservare una clausola penale esorbitante pare cosa immorale e inammissibile in civile, non puó diventar lecita in commerciale, nè, ove la cosa patentemente risulti, gioverà invocare la presunzione generica dell'avvedutezza dei commercianti, che il fatto nel concreto caso smentirebbe.

Ma sovrattutto merita un cenno per la sua singolarità la vigente legislazione *rumena*. In Rumania non vi è limite all'interesse convenzionale (L. 9 Dicembre 1882): d'altra parte una Legge del 20 Febbraio 1879 dichiara che nei contratti di prestito o di prestazioni in natura (per i quali dai lavori preparatorî della Legge risulta doversi intendere contratti agricoli conclusi fra contadini e proprietari o affittanzieri) è assolutamente nulla ogni clausola penale, anche se mascherata sotto un'altra forma o risultante dalle condizioni nelle quali l'atto si è stipulato. Ora si ammette da scrittori e giudicati rumeni che un interesse esorbitante sia una delle forme onde mascherare la penale vietata, sicchè i tribunali possano ridurlo al tasso legale (5 0[0 in civile, 6 0[0 in commerciale) (1). Così la libertà nella misura degli interessi conceduta con una mano sarebbe tolta con l'altra!

Come non può di regola moderare, così, abbiamo detto, non può il giudice elevare l'importo della penale, anche se il creditore volesse e potesse dimostrare ch'egli soffre un danno più rilevante. Stavano altrimenti le cose per Diritto romano, che, se non permetteva riduzione della penale pattuita, accordava invece, almeno trattandosi di contratti di buona fede, che il creditore, ottenuta la pena, esperisse l'azione contrattuale per conseguire quanto ancora mancasse eventualmente al completo indennizzo. Non ho che da rinviare al chiaro disposto della l. 28 D. de act. emt. et vend. 19, 1 di Giuliano e delle l. 41 e 42 D. pro socio 17, 2 di Ulpiano. Nè mancano moderne legislazioni fedeli in questa parte al principio del Diritto romano: tali, ad esempio, il *Codice commerciale germanico del*

---

(1) Cfr. su tuttociò Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Romanie* (Paris, Chevalier-Marescq 1897), pag. 340-341.

1862 (1) il *Codice svizzero delle obbligazioni* (2) e il nuovo *Codice civile germanico* (3).

L'unanimità dei nostri civilisti nel riconoscere che il patrio legislatore ha voluto sanzionare coll'Art. 1230 il principio opposto a quello del Diritto romano è rotta da una sola voce discorde, quella del ch. Prof. Delogu (4). Ma gli argomenti ch'egli adduce non mi persuadono. Gli pare contraria la conclusione nostra alla finalità della clausola penale, che perderebbe la sua funzione di guarentire al creditore l'adempimento dell'obbligazione principale, funzione che conserva solo inquanto rappresenta un vincolo pel debitore più pesante dell'obbligazione a cui accede. Si verrebbe poi a ritorcere in danno del creditore un provvedimento diretto a vantaggio di lui, poichè « se supponiamo che l'obbligazione per l'avvicendarsi dei fatti sia diventata molto onerosa per il debitore, e se questi non può esser costretto che a pagare la pena stipulata, la quale sarebbe molto inferiore ai danni che egli dovrebbe pagare se la stipulazione non si fosse fatta, dovremo facilmente capire che il debitore trova il suo tornaconto a rendersi inadempiente, e perciò preferirà valersi della clausola penale e ad essa ubbidire » (5). Tutto il ragionamento del Delogu, che potrebbe avere certamente qualche peso *in iure condendo*, poggia *in iure condito* sopra l'inconveniente di continuar a considerare la penale sotto il solo aspetto, o funzione che dir si voglia, di stimolo all'adempimento dell'obbligazione anche quando, essendosi verificato oramai l'inadempimento, non viene in campo che l'altra funzione della clausola, consistente nella previa valutazione dei danni. Valutazione fatta, come si disse, *à forfait* e producente pur sempre un vantaggio pel creditore, quello cioè di dispensarlo affatto dall'*onus probandi*. E poi il rigore logico dovrebbe condurre il nostro egregio avversario a concludere che qualche cosa oltre alla penale si dovesse aggiudicare al creditore anche allora che la penale rappresenti appuntino il risarcimento del danno; perchè anche allora essa avrebbe perduto il suo

---

(1) Art. 284, ult. capov.: « La stipulazione di una pena convenzionale non esclude in dubbio il diritto ad un risarcimento di danni che ne superi l'importo ».

(2) Cfr. l'Art. 180 capov. già citato a pag. 383, dove si rilevi la singolarità che allora il creditore debba provare la colpa del debitore inadempiente.

(3) § 340 capov. « Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen ». Cfr. pure § 341, I. capov.

(4) Delogu, *Sui diritti del creditore nelle obbligazioni con clausola penale* nel periodico *Il Gravina*, I. (Catanzaro, Asturi 1883), pag. 49-57.

(5) *loc. cit.* pag. 55.

ufficio di stimolo pel debitore all'adempimento della obbligazione principale! Il che è manifestamente assurdo. Ma soprattutto contro l'opinione che stiamo combattendo sta il testo dell'accennato Art. 1230, che è venuto ora il momento di riportare letteralmente. Nella prima parte esso dice: « Quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni, *non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore* ». Poi il capoverso soggiunge: « *Lo stesso ha luogo* se l'accertamento dei danni è fatto *sotto forma di clausola penale*, o mediante caparra data al tempo del conchiuso contratto ». Senonchè il Deloge, lungi dall'arrendersi, obbietta che il capoverso non allude nè può alludere alla vera e propria clausola penale, sia per l'ubicazione sua ch'è fuori della Sezione consacrata alle obbligazioni con clausole penali, sia perchè il predetto articolo parla di accertamento di danni fatto *sotto forma* di clausola penale, onde è a ritenersi contempli quel patto d'indennità che, se può essere espresso con formula penale, sostanzialmente però differisce dalla vera clausola e si risolve in una valutazione dei danni fatto quasi per anticipata transazione. Ma tuttociò non regge, a mio avviso, per i seguenti motivi. Nulla significa il posto che la disposizione in esame tiene nel Codice, il quale non è certo un trattato sistematico, e che troppo spesso del resto dà occasione a censure per l'ordine seguito nella trattazione dei vari istituti. E poi l'Art. 1230 fa nel capoverso altresì l'ipotesi di accertamento di danni fatto *mediante caparra* (non dice sotto *forma* di caparra), e la caparra vera e propria, ch'è, a non dubitarne, ivi contemplata, ha pur essa la sua propria sede nella Sezione della clausola penale, come testè vedremo (Art. 1217): e però l'argomento dell'ubicazione non serve per la clausola come non serve per la caparra. Passando poi alla formula usata dal legislatore, io domando che cos'altro può essere se non vera e propria clausola penale un previo accertamento di danni sotto forma di clausola, postochè questa è appunto, per esplicito disposto dell'Art. 1212, compensazione dei danni che soffre il debitore per l'inadempimento dell'obbligazione principale. In altre parole la previa valutazione dei danni può farsi in più modi o forme: una di queste forme è la clausola penale e l'Art. 1230, chi lo legga senza preconcetti, stabilisce l'invariabilità della valutazione anche quando è fatta in detta forma, cioè mediante pena convenzionale. Tanto è ciò vero, che nella Relazione Pisanelli, là dove si rende la ragione del principio accolto nell'Art. 1230 capov., si parla senz'altro di pena convenzionale, e non già di un *quid simile* ad essa. Eccone le testuali parole (e non monta per la nostra tesi che siano dirette ad illustrare piuttosto quella parte dell'articolo che vieta al giudice di attribuire al creditore una somma minore): « La prima conseguenza dell'adottato principio [quello dell'Art. 1123] è, che quando le parti abbiano *stabilita una pena* pel caso di non esecuzione o di ritardato adempimento dell'obbligazione, il giudice non potrà ridurla siccome eccessiva. Ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto, è un volor surrogare la sua volontà al consenso dei contraenti, è una contraddizione

manifesta alla regola proclamata da tutti i Codici che: *I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti* (Art. 1230) » (1).

Ora si presenta la domanda, se, verificandosi l'inadempimento o il non esatto adempimento dell'obbligazione, il creditore possa chiedere la sola penale e non più l'esecuzione in forma specifica, se tuttavia possibile, o se possa a sua scelta chiedere l'una cosa o l'altra, o se finalmente possa chiedere e l'una e l'altra assieme.

Quest' ultima soluzione, sarebbe stata adottata dal *Codice austriaco*, se stiamo all'opinione dominante fra i commentatori di esso, e ciò in virtù del § 1336, che suona: « Il pagamento della pena convenzionale, tranne il caso di un patto speciale, non libera dall'adempimento del contratto ». Opinione che mi pare in contrasto con tutto lo spirito già rilevato di quella legislazione, onde io aderirei piuttosto all'altra interpretazione, che autori pur valenti danno alle citate parole del § 1336. Esso cioè non significherebbe che possa il creditore esigere di cumulare e la prestazione principale dovutagli e la pena convenuta, ma bensì che non possa il debitore pretendere di liberarsi col pagamento della penale, datochè il creditore preferisca invece l'adempimento tuttavia possibile dell'obbligazione (2).

Checchè sia di ciò, tornando al Codice nostro, diremo essere presso di noi regola che il creditore non possa domandare al tempo stesso la prestazione principale e la pena, salvochè la pena sia stata fissata pel semplice ritardo (Art. 1212 capov.). In quest' ultimo caso infatti l'ammontare della pena non è il surrogato dell'intera prestazione, ma rappresenta l'interesse che si aveva a che essa venisse eseguita nel tempo debito e risarcisce il danno derivante dall'inosservanza di questa speciale modalità (il *dies*). E ciò che vale pel *dies* deve applicarsi ad altra modalità come il luogo, sicchè preferibile alla nostra

---

(1) *Relazione Pisanelli* in GIANZANA, *Raccolta* I, n. 116 pag. 89-90.

(2) Cfr. in quest'ultimo senso NIPPEL, *Commento sul Cod. civile gen. austriaco*, Vol. VIII, sul § 1336, n. 5 (trad. it., Pavia, Bizzoni 1842), pag. 227-228, HASENÖHRL, *Op. cit.*, I, § 41, pag. 516, nota 34 e PERGAMENT, *Op. cit.*, § 9, pag. 55 e segg. Nei due ultimi specialmente si trova una estesa bibliografia sulla questione.

per la maggiore sua generalità è in questa parte la locuzione dell'Art. 179 del *Codice svizzero delle obbligazioni*, che dice: « Allorchè fu pattuita una pena per l' inadempimento del contratto, il creditore ha diritto di pretendere a sua scelta l'adempimento o la pena. Se la pena fu pattuita per l' inosservanza del tempo o del luogo dell' adempimento, potrà essere richiesta oltre l' adempimento ». Si soggiunge, ed anche ciò è razionale: « Se questo però siasi accettato senza riserva, si presume la rinuncia alla pena ». Concorda in tutto col Codice svizzero il § 1429 del *sassone*. E più generica di tutte e lodevole è la dizione adottata dal nuovo *Codice civile germanico*. Dopo aver stabilito al § 340 che, fissata la pena pel caso di inadempimento, il creditore ha la scelta fra il chiedere l'adempimento o la pena, il legislatore tedesco nel successivo paragrafo dichiara che può chiedere l'una cosa e l'altra se la pena fu promessa per il caso che il debitore non adempia l' obbligazione nel debito modo, in particolare non nel tempo determinato (1).

Senonchè alla regola che vieta il cumulo della penale e della prestazione dovuta fa eccezione il nostro Codice di commercio in materia di *trasporti*, disponendo all'Art. 414: « Se al contratto di trasporto fu aggiunta una clausola penale *per l'inadempimento o per il ritardo* alla riconsegna, si può sempre domandare l' esecuzione del trasporto e la pena ». In sostanza gli è come dire che nel contratto di trasporto la penale si considera sempre come stipulata pel ritardo, nel quale l' inadempimento si risolve, posto che l' esecuzione specifica del contratto è possibile ancora ad ottenersi e per legge si ottiene.

Nè è questo il solo punto in cui il legislatore commerciale ha adottate massime più rigorose delle civili quanto alla penale in fatto di trasporto. Il 2.° capov. infatti del citato articolo 414 dichiara che « qualora si provi che il danno sofferto è superiore alla pena, può chiedersi il supplemento ». Risulta dai lavori preparatorî del Codice di commercio essersi discussa l' opportunità di trattare la penale in tutti i contratti commerciali con questo

---

(1) *Bürg. Gesetzb. u. s. w.* § 341: « Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen ».

maggior rigore, ma si finì col restringere ai soli trasporti le deroghe predette alle norme del Diritto civile, in vista della speciale importanza e frequenza di tali contratti e dei danni enormi che possono derivare dall'inadempimento di essi (1). Però il curioso si è che si dichiarò altresì espressamente al 1.º capov. dell'Art. 414: « per il conseguimento della pena non si richiede la prova del danno », con la ferma convinzione di introdurre con ciò in materia di trasporti un'altra eccezione alle norme del Diritto civile, onde come tale sogliono i commercialisti considerare quel capoverso (2). Sappiamo invece trattarsi qui di un principio non eccezionale ma pienamente conforme al nostro Diritto civile (v. s., pag. 386, (3).

Parimenti dobbiamo rammentare la disposizione singolare relativa al contratto di transazione e contenuta nell'Art. 1767 capov. del Codice civile. Il 1.º comma dichiara che « Nelle transazioni si può stipulare una pena contro chi non le adempie ». Poi si soggiunge: « Questa pena tiene luogo di compenso pei danni cagionati dal ritardo, fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione ». Risulta chiaramente da queste parole che nelle transazioni si presume sempre *iuris et de iure* fissata la penale in considerazione del ritardo. Il capoverso citato, che non ha riscontro nel *Codice francese* (Art. 2047), ha risoluta così una questione che si agita fra i commentatori di quel Codice, e la ha risoluta nel senso già accolto dai Codici *sardo* (Art. 2086), *parmense* (Art. 1873) ed *estense* (Art. 1845). Che sia poi soluzione conforme agli insegnamenti del Diritto romano, può dubitarsi, benchè molti lo credano invo-

---

(1) Cfr. *Atti della Commissione* [del 1869] *incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel Cod. di commercio*, 2.ª ediz., Vol. I (Roma, Ripamonti 1884), Verb. LXXXVII, Torn. del 17 Giugno 1870, n. 423, pag. 485-488 e *Relazione Mancini-Pasquali* alla Camera dei Dep. nella Tornata 23 Giugno 1881 (Legislat. XIV, Sess. I), n. XLIX, pag. 44.

(2) Così, p. es. il Vidari, *Corso di Dir. commerciale,* Vol. IV (4.ª ediz., Milano, Hoepli 1895), n. 3214, pag. 69, il Caluci nel Vol. IV del *Codice di commercio italiano commentato* (Verona, Drucker e Tedeschi 1883), sull'Art. 414, n. 319, pag. 400-401. Rettamente invece considera la cosa il Marghieri, *Il Diritto commerciale italiano esposto sistematicamente,* Vol. II (Napoli, Marghieri 1886), § 152, pag. 459.

(3) Poichè abbiamo toccato l'argomento del trasporto in relazione al nostro tema, noto altresì l'inapplicabilità della clausola penale ai contratti di trasporto per ferrovia, che non possono farsi a condizioni diverse da quelle stabilite nelle Tariffe. Cfr. Marchesini, *Del contratto di trasporto per strada ferrata,* Vol. II (Torino, Unione 1888), n. 398, pag. 351-352,

cando la l. 16 D. de transact. 2, 15 di ERMOGENIANO, la l. 122 § 6 D. de verb. obl. 45. 1 di SCEVOLA e la l. 37 Cod. de transact. 2. 4 degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO (1).

Tornando alla regola ch'è il divieto del cumulo, e però l'opzione pel creditore fra l'esigere la prestazione e il domandar la penale, potrebbesi credere che dunque un'obbligazione afforzata da clausola penale non fosse nè più nè meno che un'obbligazione alternativa con diritto di scelta nel creditore. Altra volta abbiamo lasciata intuire l'affinità fra le due specie di obbligazione (v. s., n. 40, pag. 109-110), ma farne un tutt'uno sarebbe erroneo. Non ci sono *ab origine duae res in obligatione*, ma bensì una sola, cioè la prestazione principale: solo avveratosi l'inadempimento dell'obbligazione, sorge il diritto di scelta fra quella ed altra prestazione costituita dalla penale (2). E però avremo sino a quel momento conseguenze giuridiche diametralmente opposte a quelle proprie delle alternative (3). Non diremo nemmeno che l'obbligazione munita di clausola penale si risolva in un'obbligazione semplice accompagnata da *facultas alternativa*, perchè non siamo nel caso di un debitore che possa dare a suo piacimento, ma bensì di un creditore che a suo piacimento può esigere *aliud pro alio*, rimasto che sia insoddisfatto il debito.

Le cose però sin qui discorse indicano a sufficienza quanta oculatezza praticamente si richiegga per decidere caso per caso se si tratti di clausola penale o non piuttosto di altre figure giuridiche affini, quali sono appunto le obbligazioni alternative, le *facultates alternativae* e le obbligazioni condizionali, con le quali pure si è avuta occasione di raffrontarla. Nel dubbio s'interpreterà la volontà degli autori dell'obbligazione nel senso ch'essi abbiano voluta quella fra le predette specie di obbligazioni che torna meno gravosa per il debitore (4).

---

(1) Veggasi la questione in BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 12, pag. 63-67. Egli nega per Diritto romano il cumulo.

(2) Cfr. CHIRONI, *Op. cit.*, n. 261, pag. 589, nota 1.

(3) Le specifica il GIORGI, *Op. e vol. cit.*, n. 454, pag. 521-522.

(4) Cfr. STAMMLER, *Op. cit.*, § 47, pag. 160. Veggasi pure l'Art. 1137 del Codice.

137. Escluso di regola il cumulo, vedemmo essere in facoltà del creditore l'esigere o la prestazione principale, se tuttavia possibile, ovvero la pena. Quello poi ch'è sempre fuor di dubbio inquanto si tratti di vera clausola penale, nè consti di una diversa volontà delle parti, si è che non può il debitore pretendere di pagare la penale e di sottrarsi con ciò all'esecuzione dell'obbligazione. Non può evidentemente ciò che deve, fra altro, servir di stimolo al debitore per l'adempimento della sua obbligazione fornirgli una scappatoia per non eseguirla. Senonchè è lecito alle parti di stabilire che la cosa proceda così, ed abbiamo allora una figura giuridica diversa dalla clausola penale, sulla cui origine romana o germanica si disputa (1), cioè la *mulcta poenitentialis* o *pena di recesso*. Il Codice nostro ha il torto di non occuparsene, a differenza di altre legislazioni. Mi basterà ricordare in proposito il § 909 del *Codice austriaco*, ove sono posti tali principî, che dovranno applicarsi anche da noi nel silenzio del Codice, tanto si presentano razionali. Dice precisamente quel paragrafo: « Se nel contratto si determina una certa quantità che l'una o l'altra delle parti si obbliga di dare nel caso che volesse prima dell'adempimento ritirarsi dal contratto, il contratto dicesi conchiuso verso pena di recesso. In questo caso o si deve eseguire il contratto, o si deve soddisfare la pena. Chi ha eseguito anche in parte soltanto il contratto o chi ha accettato ciò che l'altro contraente diede in adempimento sebben parziale del medesimo, non può più ritirarsi nemmeno col prestare la pena » (2). Considerazioni analoghe a quelle esposte per la clausola penale servono a dimostrare l'intrin-

---

(1) Cfr. Bertolini, *Op. cit.*, n. 52, 53, pag. 82-84.

(2) A torto dunque lo Zeiller nel suo *Commento al Codice civile austriaco*, T. V (Milano, Destefanis 1816), sul § 1336 n. 4, pag. 365, nota 1, dice che il Codice Napoleone, con lo stabilire all'Art. 1229, corrispondente al nostro 1212, non potersi cumulare pena e adempimento salvo il caso di penale stipulata pel ritardo, considera la pena convenzionale piuttosto come una specie di multa di pentimento. Ciò che si è detto nel testo segna la profonda differenza fra i due istituti pur trattandosi di legislazioni escludenti il cumulo quando di vera clausola penale si tratti.

senza differenza fra la *mulcta poenitentialis* e l'obbligazione alternativa con diritto di scelta nel debitore. Si distingue poi dalla *facultas alternativa* perchè è mezzo onde risolvere e non già onde eseguire l'obbligazione (1).

138. Può accadere in fine che non semplicemente *si pattuisca di dare* alcunchè pel caso di inadempimento, ma *si dia infatto* una somma di danaro od altra cosa dall'una parte all'altra sempre in previsione dell'inadempimento; e ciò o all'atto stesso in cui si pone in essere l'obbligazione, od anche posteriormente. Abbiamo allora la cosidetta *caparra*. Della quale il nostro Codice, ha il merito di essersi occupato nella parte generale delle obbligazioni (Art. 1217), seguendo l'esempio del *Codice austriaco* (§ 908) e dipartendosi dal *francese*, che la considera solo in relazione alla promessa di vendere (Art. 1590) (2). Ora per la caparra (romanamente *arrha*) si presentava il quesito se la si dovesse considerare data, verificandosi poi l'inadempimento dell'obbligazione, a titolo di pena convenzionale, o a titolo di multa penitenziale o ad un titolo eventualmente diverso da quei due. E il nostro legislatore ha accolta la prima di codeste soluzioni, salva la prova di una diversa volontà delle parti. Dice infatti il citato Art. 1217: „Quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione, e si dice caparra. La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quella che ha data „. Concorre ad eliminare ogni dubbio su questo carattere, voluto attribuire presso di noi alla caparra, l'Art. 1230 capov. che abbiamo già illustrato. E si spiega così come taluno la denomini altresì clausola penale *impropria* (3), distinta dalla *pro-*

---

(1) Cfr. Bertolini, *Op. cit.*, n. 51, pag. 82, Chironi, *Op. cit.*, n. 261, pag. 589-590, nota 5 in fine.

(2) Il Codice francese fu in ciò seguito, fra altri, dall'*albertino* (Art. 1595).

(3) Così p. es. Scevola, v.° *Caparra* in *Digesto italiano*, Vol. VI, Parte I (Torino, Unione 1888) pag. 725-728, n. 7, pag. 727.

pria solo perchè ciò che ne forma l'oggetto si presta, o per dir così si deposita, antecipatamente, prima cioè che per inadempimento dell' obbligazione nella penale si incorra. All'evenienza poi si applicheranno tutte le norme già illustrate che regolano la pena convenzionale, importantissima fra altre quella che, se il creditore non preferisca agire per l' adempimento specifico dell' obbligazione, ovvero non lo possa per l' originaria indole sua o per circostanze sopravvenute, non potrà a titolo di danni chiedere niente più che l' importo della caparra. Ora fu giustamente notato che il nostro legislatore adottò così un principio contrario agli usi della vita pratica, secondo i quali la penale suol essere quasi sempre superiore all' ammontare del danno, la caparra invece rappresenta sempre un valore minore, e che perciò stesso la caparra, apparentemente destinata a rafforzare l' obbligazione, le renderà invece un cattivo servizio e ne costituirà un indebolimento in tutti i casi nei quali l' adempimento specifico non sia possibile (1).

In altri Codici come, p. es. nel *Codice austriaco*, è messo per di più in rilievo un altro carattere della caparra, che anche il legislatore italiano avrebbe fatto bene a segnalare (2), cioè quel carattere di *arrha confirmatoria* che pare sia stato originariamente il solo proprio dell' istituto in discorso (3). Leggiamo infatti nel § 908 di detto Codice: « Ciò che nella conclusione del contratto si dà antecipatamente, deve, eccettuato il caso di un patto speciale, considerarsi soltanto come un contrassegno dello stabilito contratto o come una cauzione del futuro adempimento di esso, e si chiama caparra ». Seguono poi in quel paragrafo norme in parte analoghe alla

---

(1) L. Coviello, *Dei contratti preliminari nel Diritto moderno italiano* (estr. dalla *Encicl. giur. ital.* Vol. III, Parte 3., Milano, Società editrice 1896), n. 54, pag. 219 e pag. 223, testo e nota 1.

(2) Cfr. Re, *Trattato sulla compra e vendita secondo il Codice civ. ital.* (Roma, Salviucci 1877), n. 42, pag. 119.

(3) Cfr. fra noi, L. Coviello, *loc. cit.*, Leoni, v.° *Arre* in *Digesto italiano*, Vol. IV, parte I (Torino, Unione 1896) (pag. 636-639) oltre al Giorgi, *Op. e Vol. cit.*, n. 466 e segg. pag. 543 e segg. Questi Autori mi dispensano da ulteriori citazioni per ciò che riguarda le dispute sulla natura e sugli effetti della caparra nel Diritto romano e nel Diritto comune.

nostra, escludenti nella caparra la funzione di multa penitenziale. Così è pure per il *Codice svizzero delle obbligazioni* (Art. 178, 1.° comma) e per il nuovo *Codice civile germanico* (§ 336).

Sarebbe stata inoltre buona cosa che per dirimere questioni (oggi interamente rimesse all' apprezzamento del giudice secondo la varietà delle fattispecie) il legislatore decidesse su ciò che debba avvenire della caparra nel caso di adempimento dell' obbligazione. La si terrà da chi la ha ricevuta come un soprappiù, ovvero la si computerà quale acconto o principio di pagamento se la qualità della cosa data a titolo di caparra renda questo computo possibile? Come più conforme agli usi ed alla pratica degli affari questa seconda soluzione parrebbe in via legislativa per noi preferibile; essa è stata accolta dal *Codice civile germanico* (1) nonchè dall' esimio Collega Brini nel recentissimo suo *Schema per un Codice civile nella Repubblica di Sammarino* (2), mentre invece al legislatore *svizzero* piacque meglio la soluzione opposta (3). Va da sè finalmente che la caparra dovrà restituirsi a chi l' ha data se le parti d' accordo recedano dall' obbligazione (4), o se essa rimanga inadempiuta per causa al debitore non imputabile, di cui non debba rispondere.

---

(1) *Bürg. Ges. f. d. d. R.* § 337: « Die Draufgabe ist im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags, zurückzugeben ».

(2) Brini, *Schema* ecc. (Bologna, Garagnani 1898), § CCLXV, pag. 225.

(3) *Codice svizzero delle obbligazioni,* Art. 178, 1.° capov.: « In mancanza di patto o di uso contrario, la caparra resta a chi l' ha ricevuta, senza obbligo di imputarla nel suo credito ».

(4) Il *Codice civile germanico* ha creduto necessario di dichiarare al § 337 capov. « Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben ».

§ 4.

Liquidazione legale dei danni

SOMMARIO

139. Come e perchè la liquidazione dei danni avvenga per ministero di legge trattandosi di debiti pecuniarî. Ragione per cui l'Art. 1231 contempla la sola ipotesi della mora. — **140.** Come dagli interessi moratorî debbano distinguersi i cosidetti interessi corrispettivi. — **141.** Interessi compensativi: se possano chiedersi provando un danno superiore all'importo dei moratorî. — **142.** Eccezioni apparenti ed eccezioni reali al principio stabilito nel numero precedente. — **143.** Inammissibilità della prova che non esiste danno od è inferiore all'importo degli interessi moratorî, all'effetto di escluderne o ridurne la prestazione. — **144.** Da quando decorrono gli interessi moratorî. — **145.** Dell'ANATOCISMO: atteggiamento vario di legislazioni disparate riguardo ad esso. — **146.** L'anatocismo nel vigente Diritto italiano: estremi di un valido anatocismo - misura di esso - sua decorrenza. — **146** *bis*. Eccezioni alle norme sull'anatocismo. — **146** *ter*. Casi che impropriamente si qualificherebbero eccezionali. — **147.** Di talune restrizioni diverse da quelle relative all'anatocismo, non accolte dalla nostra legislazione in materia di interessi arretrati.

139. La liquidazione dei danni *ministerio legis* è la regola quando trattasi di debiti pecuniarî. Quivi la legge ha considerato che un danno per il non esatto adempimento dell'obbligazione ci sia sempre, visto l'uso generale di non lasciare il danaro improduttivo, e d'altra parte ha creduto bene di valutarlo essa questo danno nei termini di ragione. Sarebbe difficile altrimenti apprezzarlo e dimostrarne la precisa estensione, attesa l'indole stessa e il contenuto di siffatti debiti. Ora il limite di ragione lo si ravvisò in quelle condizioni di impiego che la legge considera normali, e che sono rappresentate (Art. 1831 capov.) dal tasso legale (cinque per cento in materia civile, sei per cento in materia commerciale). Il denaro, non servendo a scopo individuale d'uso, ma pel suo

generale valore di cambio, che permette a ciascuno di acquistare quanto gli abbisogna, è l'unico bene che possa in commercio formare per ognuno oggetto di domanda, e appunto per questa generalità di domanda del danaro sul mercato esso può essere collocato in qualsiasi momento ad un tasso, che a sua volta poi varierà secondo la quantità complessiva del denaro offerto allora sul mercato (1). Giusto è quindi che sempre, senza che gli tocchi provare il danno risentito per non aver ricevuta la somma dovutagli a suo tempo, il creditore possa esigere gli interessi: solo si potrà discutere se sia stato bene fissarli in un tasso invariabile, o se non sarebbe stato preferibile, appunto per le considerazioni testè esposte, di determinarlo nella misura commerciale, quella cioè che nel libero commercio si forma in quel dato luogo e in quel dato tempo, eventualmente superiore, eventualmente inferiore al tasso legale, ed accertata sempre dalle liste di borsa (2).

Il sin qui detto spiega la massima contenuta nell'Art. 1231, che suona: « In mancanza di patto speciale nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società. Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita ». Com'è che la legge parla solo di ritardo (mora) e non anche di danni derivanti da inadempimento dell'obbligazione? Perchè qui, verificandosi l'inadempimento, non sarà mai il caso di dire che la prestazione promessa, non conseguibile eventualmente in forma specifica, si convertirà in una prestazione diversa, com'è quando alla *res debita* si sostituisce il risarcimento in danaro. Già *ab origine*

---

(1) Hartmann cit. *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes u. s. w.*, pag. 44.

(2) Cfr. Bolaffio, *L'interesse moratorio e l'interesse correspettivo* (estr. dalla *Temi Veneta*, XVIII, n. 35, Venezia, Ferrari 1893), pag. 8, testo e nota 8. Questo lavoro assai notevole è stato poi rifuso ed ampliato nel Vol. I del citato *Commento al Codice di Commercio* (edito a Verona), volume dovuto allo stesso Bolaffio, e precisamente nell'illustrazione dell'Art. 41, pag. 502 e segg.

26

una somma di danaro formava oggetto dell' obbligazione, inadempiuta la quale resterà pur sempre dovuta quella somma, più gli interessi di essa finchè dura l' inadempimento: onde si capisce come tutto si riporti al configurare i danni pel ritardo (1).

140. Gli interessi di cui qui si discorre diconsi *moratori*, ma con essi non vanno confusi quei casi in cui c'è bensì obbligo di pagare interessi di una somma da un giorno determinato, ma quest'obbligo è fissato dalla legge, interprete della volontà delle parti, per cause e considerazioni ben diverse dalla mora. Onde stupisce il veder da taluno (2) ricondotti senz' altro alcuni di questi casi sotto il concetto degli interessi moratori. Così, p. es., in materia dotale l'Art. 1397 dispone: « Gli interessi della dote decorrono di diritto dal giorno del matrimonio contro coloro che l' hanno promessa, quantunque siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi è stipulazione in contrario. Tizio, ad esempio, costituisce in dote a sua figlia lire ventimila, ma pagabili un anno dopo la celebrazione del matrimonio. Il marito, allo scadere dell'anno, ha diritto, se non si stipulò altrimenti, alle cinquecento lire di interessi di quell' annata oltre al capitale delle ventimila. Ma non li diremo certo codesti interessi moratori, chè mora non c'è stata. Ben diversa è la ragione loro, e risiede nella funzione della dote, la quale è assegnata al marito per sostenere i pesi del matrimonio (Art. 1388), ond' era naturale il presumere che il pattuito ritardo nel pagamento della dote non significasse, nell' intendimento delle parti, mancanza pel marito del sussidio ch' essa coi suoi frutti è destinata a por-

---

(1) Cfr., fra altri, Chironi, cit. *Istituzioni di Dir. civ.*, Vol. II, § 280, pag. 42-43, *Colpa contrattuale*, n. 274, pag. 617 e Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 124, pag. 169-170 (4. ediz.).

(2) Così p. es. dal Chironi, cit. *Istituzioni*, Vol. II, § 279, pag. 39 e *Colpa contrattuale*, n. 280, pag. 625-627 e n. 282, pag. 628-630. Il Giorgi nell' ultima edizione (4.ª) ha il merito almeno di non sottacere la distinzione, sia pure che la combatta. (Vol. II, n. 125 bis, pag. 174-177). Confonde però interessi compensatori ed interessi corrispettivi, che sono cosa, lo vedremo, bene distinta, e però viene a conglobare due ben diverse questioni.

targli. Gli interessi sono il corrispettivo dei pesi famigliari a lui incombenti, e l'idea di mora (ritardo imputabile) non c'entra per nulla. Così per l'Art. 1509, trattandosi di compravendita, « in mancanza di convenzione speciale il compratore è tenuto agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo ancorchè non sia in mora, se la cosa venduta e consegnata produce frutti od altri proventi ». Altrimenti il compratore a credito cui fu consegnata la cosa farebbe, sino al pagamento del prezzo, il doppio lucro, dei frutti della cosa e degli interessi del prezzo medesimo. Orbene, anche qui gli interessi sono a titolo correspettivo, rappresentano cioè il correspettivo del godimento dei frutti avuto dal compratore, e tanto vi è estraneo il concetto di interesse moratorio, che nel citato Art. 1509 si legge, in relazione all'acquirente, l'inciso: « *ancorchè non sia in mora*. Finalmente un altro esempio di siffatti interessi diversi dai moratorî e pei quali fu opportunemente proposta la qualifica di *interessi corrispettivi* (1), lo abbiamo, e con estesissimo campo di applicazione, in Diritto commerciale, dove è più che mai vero il principio della non oziosità del danaro. Dispone infatti l'Art. 41 del Codice di commercio: « I debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto ». Ed ai predetti esempi altri casi ancora potrebbero aggiungersi nei quali per altre considerazioni, sempre estranee alla mora, è fissato per legge il decorso degli interessi a partire da un dato giorno, come negli Art. 8[illegible]5, 1013, 1755 (2). Insomma è errato e pericoloso il risalire sempre al concetto di mora quando si trova stabilito per legge l'obbligo di corrispondere interessi in un dato negozio giuridico a partire da un dato giorno, potendo esser questo l'effetto di ben altre cause.

Basterebbe l'intento supremo dell'esattezza scientifica a giustificare siffatta distinzione, ma non è vero poi ch'essa si

---

(1) Dal Bolaffio, *Op. cit.*, n. 1, pag. 3.

(2) Cfr. Ramponi, cit. *La determinazione del tempo nei contratti*, n. 48, pag. 85-86.

riveli praticamente inutile (1). Un caso recentissimo lo prova. Un debitore commerciale (nel caso concreto una Compagnia di assicurazione) non può effettuare a scadenza il pagamento della somma dovuta al suo creditore per essersi fatto sequestro in sue mani di detta somma per parte di creditori del creditore medesimo (Art. 1244). Dovrà gli interessi su quella somma? Se restiamo sul terreno della mora dovremo rispondere di no, perchè qui non ricorre *mora solvendi*, ritardo imputabile al debitore. E così decise la Suprema Corte di Roma (2). Ma in sede di rinvio nella medesima causa l'Appello di Roma giunse all' opposta sentenza, e ciò perchè fece questione non di interessi moratorî, sibbene di interessi correspettivi a tenore dell'Art. 41 del Codice di commercio (3).

141. Tornando ora al nostro Art. 1231, osservo che va ripudiata affatto l' opinione che vorrebbe autorizzato il creditore a chiedere interessi superiori a quelli di mora (e si dicono allora *compensatori* o *compensativi*), dacchè provi essergli derivati dal ritardato pagamento danni per un importo maggiore (4). L'Art. 1231 nella sua assolutezza (« i danni consistono *sempre* nel pagamento degli interessi legali ») si ribella a siffatta interpretazione. Corrispondente al 1153 del *Codice francese*, quell' articolo trova la sua spiegazione in Pothier, il quale dice che in siffatto principio proprio delle obbligazioni pecuniarie si ha una specie di *forfait* (5). I danni vengono determinati in qualche cosa di fisso, la misura legale degli interessi, quasi in via di transazione fra due casi possibili, che siano superiori od inferiori a quell' importo, o ap-

---

(1) Come la dice il Giorgi, *loc. cit.*

(2) Sentenza 15 Giugno 1897 della Corte di Cassazione di Roma in causa Riunione adriatica c. Bianchi e Banca d'Italia (*Monitore dei Tribunali*, XXXVIII, pag. 944-945).

(3) Sentenza 5 Marzo 1898 della Corte d'Appello di Roma (*Monitore dei Tribunali*, XXXIX, pag. 328).

(4) Vedansi in Laurent, *Principes*, XVI, n. 308 e segg., pag. 367 e segg. dei casi in cui la giurisprudenza tentò mascherare sotto l' aspetto di compensatori danni semplicemente moratori per elevarne l' importo.

(5) Pothier, cit. *Tr. des obligations*, n. 170, pag. 46.

punto per questa specie di *forfait*, continua il Pothier, per quanto sia il danno sofferto dal creditore per ritardato pagamento, e sia pur questo determinato da dolo del debitore anzichè da semplice colpa [cosa che va pur segnalata] non si può domandare indennizzo superiore a quegli interessi. Inoltre, se è vero che *exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis*, non ha poca importanza il notare che l' Art. 1231 eccepisce fra altro i casi di società e di fideiussione, e per questi troviamo detto che sono talora dovuti *interessi e danni*. L'eccezione sta dunque in quest' aggiunta dei danni conseguibili oltre agli interessi, il che ratferma che la regola è di potersi ottenere i soli interessi di mora e non più (1). Altrimenti stanno le cose per altre legislazioni, come ad es. *il Codice svizzero delle obbligazioni* (2) e il nuovo *Codice civile germanico* (3).

142. Ma supposto che, pur di procrastinare il pagamento il debitore s' impegni temerariamente in una lite col creditore, potrà essere condannato, oltrechè agli interessi di mora, a risarcirgli i danni che con tale condotta gli arreca, e ciò per l' Art. 370 del Codice di procedura civile, che suona: « La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni ». Non è detto qui infatti che i danni si limitino agli interessi di mora se la lite concerneva obbli-

---

(1) Cfr., fra altri, Chironi, *Colpa contratt.*, n. 276, pag. 619 e segg. e Perenzoni, *Interessi moratori e interessi compensatori*. (Casal Monferrato, Tirelli 1893), di cui è reso conto in *Rivista internazionale di scienze giuridiche*, II, fasc. II, pag. 104-105.

(2) *Cod. svizzero delle obbligazioni*. Art. 121: « Quando il danno patito dal creditore ecceda l' ammontare degli interessi, e sia provato che il debitore è in colpa, questi è tenuto a risarcirlo ». Si faccia un raffronto coll' Art. 180 capov. dello stesso Codice, già esaminato (v. s., n. 135, pag. 383) relativo alla clausola penale.

(3) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.* § 288: « Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier von Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen ».

gazione pecuniaria. Ma allora l'eventuale superiore risarcimento di danni non è effetto del ritardo ad adempiere il debito pecuniario, sibbene di questo ulteriore procedere delittuoso o quasi delittuoso (in senso civile), col quale il debitore *reca danno al creditore per occasione del rapporto obbligatorio già fra loro esistente* (1). Il che può, anzi deve elevarsi a principio generale, senza che per questo sia il caso di parlare di *eccezione* alla norma sugli interessi moratori, dacchè intervengono nuovi elementi di colpa, nuovi fattori dunque di risarcimento.

Altro caso nel quale impropriamente si vorrebbe da taluno ravvisare un'eccezione alla regola che nei debiti pecuniari l'indennizzo non vada oltre gli interessi moratori, si ha quando del danaro dovuto il debitore si è assunto di fare un dato impiego per conto e nell'interesse del creditore. Esempio. Ho venduta la mia casa a Tizio per Lire 20.000, delle quali egli mi pagò subito la metà, accollandosi di estinguere col rimanente un debito di uguale importo che io ho verso Caio. Manca ai patti, sicchè Caio, mio creditore, si rivolge a me, ed io per pagarlo sono obbligato a prendere a mutuo le Lire 10.000, nè mi riesce trovarle che al tasso del 7 0/0. In seguito Tizio compratore si mostra disposto a darmi le diecimila lire di resto prezzo, ma pel ritardo vorrebbe, invocando l'Art. 1231, non corrispondermi niente più che gli interessi moratori legali (5 0/0) su detto importo. Ho diritto di oppormivi, esigendo dal giorno del prestito da me contratto quel 2 0/0 di più che rappresenta il maggiore mio danno. Ma con ciò non si va contro all'Art. 1231. Gli è invece che l'obbligazione aveva qui per oggetto non tanto una somma di danaro, ma un *fatto* speciale del debitore, tenuto ad usarla per conto e a profitto del creditore in quel dato modo. Ora l'inadempimento di questa obbligazione di *fare* dà luogo ai danni da regolarsi con le norme generali e non coll'Art. 1231, valevole per le obbligazioni puramente e semplicemente pecuniarie.

---

(1) Cfr. PERENZONI, *loc. cit.*

Veniamo ai casi di eccezione posti dalla legge. Hanno luogo:

1°) se le parti pattuirono, pur trattandosi di debiti pecuniari, che la prestazione dei danni pel ritardo abbia a seguire in misura diversa da quella fissata dalla legge, vuoi con interessi ad un tasso superiore al legale, vuoi mediante clausola penale, vuoi distinguendo l'inadempimento doloso dal colposo e simili.

2°) in materia di commercio, dacchè l'Art. 1231, posta la norma, soggiunge: « salve le regole particolari al commercio. Così in materia cambiaria troviamo che, non pagata la cambiale, l'azione del possessore di essa è diretta a conseguire qualche cosa di più della somma dovuta e dei relativi interessi, e così pure è a dirsi dell'azione del girante che abbia pagata la cambiale, il tutto giusta gli Art. 311, 312, 319 Cod. comm.

3°) in materia di fideiussione, dove l'Art. 1915 dà al fideiussore che ha pagato pel debitor principale azione di regresso verso quest'ultimo pel rimborso non solo del capitale e degli interessi, ma altresì delle spese ed anche di ulteriori danni, quando sia il caso.

Del che non si rende il vero motivo dicendo, come fa il LAURENT nel ragionare sugli Art. 1153, 2028 del *Codice francese*, corrispondenti ai nostri 1231 e 1915, che il fideiussore rende un servizio gratuito, il quale sarebbe ingiusto ridondasse a suo danno (1). Chè la fideiussione non è essenzialmente gratuita (2) e bisognerebbe dire allora inapplicabile l'eccezione che stiamo esaminando ove il fideiussore riceva un compenso dal debitore per il servizio che gli rende. Ciò fu realmente affermato dal DELVINCOURT (3), ma a giusta ragione quest'opinione rimase isolata (4), come

---

(1) LAURENT, *Principes*, XVI, n. 313, pag. 373.

(2) Il LAURENT stesso altrove lo riconosce, *Op. cit.*, XXVIII, n. 123, pag. 131.

(3) DELVINCOURT, citato dal DURANTON e dal PONSOT nei luoghi indicati nella nota seguente.

(4) Contro di essa veggansi, fra tanti, DURANTON, *Op. cit.*, T. X (dell'edizione belga, XIX della francese) n. 351, pag. 126-127, PONSOT, *Traité du cautionnement civ. et commerciale* (Paris, Guilbert 1844), n. 239, pag. 267-268, LAURENT, *Principes*, XXVIII, n. 231, pag. 248, CORSI, *La fideiussione* ecc. (3ª ediz. Bologna, Zanichelli 1893), Capo VI, § 5, pag. 160-161.

quella che arbitrariamente distingue dove non distingue la legge, e perchè, come fu già da altri avvertito, il debitore, pur rimunerando la sicurtà, non si era per questo obbligato meno ad adempiere la sua obbligazione verso il creditore e a prevenire con ciò il danno che è venuto a colpire il fideiussore (1). Quando appunto il debitore è consapevole della prestata sicurtà, si può dire ch'egli assume tacitamente in confronto del fideiussore l'obbligo di non esporlo a verun danno e ciò con la puntualità nell'adempiere gli impegni proprî verso il creditore. Quindi non può dirsi che il debito che corre nei rapporti fra debitore e fideiussore sia un debito di somma, e precisamente della somma dedotta nell'obbligazione principale, sì da dovervisi applicare l'Art. 1231. Se poi il debitore è ignaro della sicurtà, il fideiussore che ha pagato per lui assume per comune insegnamento il carattere di un *negotiorum gestor*, il quale è regola debba essere completamente indennizzato, dato l'estremo dell'*utiliter gestum* (2). Concludendo pertanto, credo impropriamente indicato come eccezione all'Art. 1231 il caso della fideiussione, perchè non si tratta di un'obbligazione pecuniaria di cui l'obbligato (il debitor principale) ritardi l'adempimento verso il suo creditore (il fideiussore) ma entrano in campo altre e ben diverse figure giuridiche, le quali necessariamente importano un debito di indennità piena, non ristretta cioè al semplice ammontare degli interessi legali.

Su questa materia due osservazioni ancora, ritornando all'ipotesi di fideiussione non gratuita ma rimunerata. Vedemmo che l'essere il fideiussore retribuito dal debitore pel servizio che gli presta non esclude l'applicabilità dell'Art. 1915. Tuttavia fu giustamente osservato che nel decidere sulla reclamata indennità potrà il giudice nel prudente suo arbitrio tener conto altresì della pattuita mercede, mediante una corrispondente riduzione dei danni da assegnarsi al fideiussore oltre l'ammontare degli interessi legali. In secondo luogo va notato che, giusta l'autorevole parere di alcuni scrittori (3), se il fideiussore riceve una retribuzione dal creditore, il negozio assume il carattere di contratto di assicurazione a

---

(1) Cfr. Duranton, *loc. cit.*

(2) Art. 1144 e cfr. Laurent, *Principes*, XX, n. 332, pag. 359.

(3) Mi basti ricordare tra i francesi Ponsot, *Op. cit.*, n. 22, pag. 30, Troplong, *Du cautionnement* (Bruxelles, Meline-Cans 1847), n. 16, pag. 318, che ricorda in proposito le parole del nostro Scaccia: « Contractus assecurationis in substantia est contractus fideiussionis », Laurent, *Principes*, XXVIII, n. 124, pag. 131 e fra i nostri Mirabelli, *Contratti speciali* in Fiore, *Il Dir. civ. it.* Parte XII, Vol. VI, *Della fideiussione*, Cap. I, n. 4, pag. 395. **Contra** Corsi, *Op. cit.*, Cap. I, § 3 pag. 6 e segg. e Sentenza 25 Aprile 1878 in causa Pacifico c. Terni della Corte di Cassazione di Roma (*Fôro ital.* del 1878, III, Parte I, col. 1160 e segg. con nota dell'Avv. Rutigliano).

favore di quest'ultimo. Non entro nella disputa sulla bontà di siffatta costruzione: mi basta averla accennata perchè, ove la si accolga, sottentreranno eventualmente altri principî da quelli propri del vero contratto di fideiussione.

4°) in tema di società, statuendo l'Art. 1710 che il socio, che doveva conferire alla società una somma e non l'ha conferita, o che abbia prese delle somme dalla cassa sociale, è di diritto debitore degli interessi di tali somme, nel primo caso dal giorno in cui doveva fare il versamento, nel secondo caso dal giorno che le ha ritirate per suo particolare vantaggio, salvo per di più in entrambi i casi l'eventuale ulteriore risarcimento di danni. Ciò risponde evidentemente alla « natura speciale del contratto di società, inteso, com'è, a procurare guadagni maggiori del semplice interesse del danaro » (1).

143. Se il principio dell'Art. 1231 patisce in taluni casi eccezione nel senso che sia dovuto eventualmente qualche cosa di più degli interessi moratorî, non ne soffre invece alcuna in senso inverso, sì che pel ritardo a pagare debiti pecuniarî ci sia caso di dover interessi inferiori ai moratorî od anche nessun interesse, nessun indennizzo. Non è stata infatti ripetuta da noi la norma del Diritto romano, che non si debbano interessi moratorî per somme promesse a titolo di donazione, norma che si desume dalla l. 22 D. de donat. 39, 5 di Modestino: « Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est ». Insostenibile d'altra parte sarebbe la tesi (2) che possa il debitore inadempiente sfuggire alla prestazione degli interessi moratorî provando che dal ritardo nessun danno ha sofferto il creditore, quasichè l'Art. 1231 avesse di mira soltanto di esonerare il creditore dall'obbligo di provare il danno, obbligo che secondo i principî a lui incomberebbe (v. s., n. 127, pag. 353-354). Non si avrebbe in

(1) Pacifici-Mazzoni, ed. *Istituzioni di Dir. civ. ital.*, Vol. V (5ª ediz.), n. 221, pag. 324.

(2) Già accolta dal Chironi nella 1ª ediz. della *Colpa contrattuale*, n. 275, pag. 295-296. Più non la sostiene nella 2ª edizione, n. 275, pag. 617-619.

altre parole niente più che uno spostamento dell'*onus probandi*. Lasciamo stare la poca praticità di simile assunto, chè potrebbe dirsi bravo davvero quel debitore, cui riuscisse di provare che il creditore dal ritardato pagamento della somma dovutagli non risentì verun danno, perchè già non l'avrebbe utilmente reinvestita. Gli è che, stando pur sempre ai principî, simile tesi contraddice a quel concetto di *forfait* che vedemmo ispirare la norma contenuta nell'Art. 1231. Tanto è ciò vero, che il POTHIER dichiarava a questo proposito che solo dinanzi al fôro interno della coscienza, e non già nel fôro esterno, avrebbe dovere il creditore che non abbia sofferto alcun danno o perdita di guadagno pel ritardo nel pagamento delle somme dovutegli, di non esigere gli interessi moratorî (1).

Per l'identica ragione non si potrebbe neppur consentire al debitore la prova che il creditore risentì bensì un danno, ma inferiore all'importo degli interessi legali, all'effetto di ridurne la prestazione.

144. Da quando decorrono gli interessi moratori? Dal giorno della mora, risponde il capov. dell'Art. 1231. E quasi non ci sarebbe bisogno di notarlo, tanto la cosa pare ovvia, se non ci fosse da osservare che il legislatore nostro si è qui opportunemente dilungato dall'esempio del *Codice francese*, il quale invece all'Art. 1153 stabilisce che gli interessi moratori « ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas ou la loi les fait courir de plein droit ». Dove è a notarsi che, esigendosi una *demande*, cioè una citazione in giudizio, non basterebbero all'uopo altri mezzi che pure per Diritto francese servono come atti di costituzione in mora, quale p. es. una diffida a mezzo d'usciere, un sequestro e simili. Rigore inesplicabile, anzi addirittura assurdo, perchè si potrà avere per opera di uno di questi ultimi atti la mora, e non ancora l'effetto più naturale di essa, ch'è la decorrenza degli interessi detti appunto moratorî. E credo bene si appongano recenti commentatori del Codice francese quando, nel

---

(2) POTHIER, cit. *Tr. des obligations*, n. 172, pag. 16.

censurare detta statuizione, inclinano a ravvisarvi un residuo di quel disfavore onde il capital monetario fu l' oggetto nei tempi andati, per la facilità con la quale l'accumularsi degli interessi aumenta il debito (1).

Grave dissenso troviamo particolarmente nella giurisprudenza patria circa il momento da cui decorrono interessi a favore del danneggiato in seguito a delitto o quasi delitto sulla somma dovutagli a titolo di indennità. Chi li fa decorrere dal giorno del fatto dannoso (2); chi invece dalla data della domanda giudiziale (3). E in qualche sentenza si vede apertamente dichiarata l' inapplicabilità a siffatta materia dell' Art. 1231 come quello che riguarda gli interessi moratorî contrattuali (4), d'accordo in ciò con qualche illustre Autore come il Giorgi, che scrive: « È ben vero che l' obbligo di risarcire il danno si traduce in pagamento di danaro. — Ma non è obbligo nascente da contratto precedente; nasce invece fuori di qualunque relazione contrattuale dal fatto illecito. Non sono dunque applicabili a questa specie di risarcimento le regole limitative intorno alla decorrenza degli interessi stabilite nel citato Art. 1231; e quindi il giudice nel pronunziare la condanna al pagamento di quella somma che rappresenta il pagamento del danno è libero di stabilire la decorrenza dell' interesse legale dal giorno che crede, e secondo che richiede giustizia » (5). Ora in quest' ultimo ragionamento io debbo lamentare quell' angustia di concetto tanto comune, che già altra volta ho deplorata nel tema della colpa contrattuale. Della quale infatti vedemmo doversi discorrere in ordine alle obbligazioni tutte, qualunque ne sia la fonte, dunque anche relativamente a quelle derivanti da delitti o quasi delitti (v. s., n. 103, pag. 245-246) e non soltanto in ordine alle obbligazioni che discendono da contratti. Avvenuto il fatto dannoso, è sorta l' obbligazione del risarcimento. L'origine

(1) Huc, cit. *Commentaire du Code civil*, T. VII (1894), n. 156, pag. 221, seguito dai Signori Baudry - Lacantinerie e Barde, *Op. e Vol. cit.*, n. 506, pag. 418.

(2) Così p. es. la Cassazione di Torino, Sent. 18 Marzo 1897, in causa Daguino-Bisagno (*Monit. dei Tribun.*, XXXVIII (1897) pag. 381). Già precedentemente in più occasioni la stessa Corte si era così pronunciata. (Cfr. la nota ivi).

(3) Così p. es. la Corte d'Appello di Milano, Sent. 20 Luglio 1897 in causa Ferrovie Nord - Milano c. Montrasio (*Monit. dei Tribun.*, XXXVIII, pag. 789) e Sent. 21 Luglio 1897 in causa Ferrovie Nord - Milano c. Giannantonio (*ibid.*, pag. 906).

(4) Cfr. Sent. 17 Febbraio 1897 del Trib. di Milano in casa Turati c. Guaitani (*Monit. dei Trib.*, XXXVIII, pag. 394).

(5) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. V, n. 263, pag. 345 (4. ediz.).

sua (colpa aquiliana) potrà *eventualmente* influire nella valutazione dell'importo dell'obbligazione stessa, ma questa poi si ha da adempiere con quella diligenza e in generale con quelle regole che sono proprie delle obbligazioni in genere, fra le quali, per ciò che riguarda la mora nelle obbligazioni pecuniarie, sta il nostro Art. 1231, che a torto si vorrebbe limitare ai debiti pecuniari contrattuali, mentre sta sotto il Capo che tratta *degli effetti delle obbligazioni*. Ed ecco perchè dell'argomento noi facciamo cenno in questo volume, che pure della colpa aquiliana non tratta. La questione dunque non si deve porre partendo dall'esclusione dell'Art. 1231, ma la si ha tutto all'opposto da portare sul terreno della mora, per decidere quando nel caso divisato il debitore (danneggiante) vi incorra.

Posto ciò, o si accoglie quanto lo stesso Giorgi scrive al proposito poco più innanzi, che « nei malefizi la mora si verifica fino dal momento che il fatto illecito fu consumato » (1) e da allora *dovrà* il giudice (non semplicemente *potrà* come ivi dichiara il prelodato Autore) far decorrere gli interessi sull'indennità dovuta al danneggiato; ovvero un simile canone sulla *mora ex re* appare, a quel modo formulato, troppo ampio e inaccettabile, e si dovrà allora applicare il principio altra volta illustrato (v. [illegible] n. 120, pag. [illegible]) che *in illiquidis non fit mora*, onde interessi moratori non decorreranno nemmeno dal giorno della domanda giudiziale, sibbene da quello dell'avvenuta liquidazione. Il che poi lascierebbe impregiudicata la questione se anche prima della liquidazione, ed eventualmente fino dal giorno del danno recato, non siano dovuti interessi correspettivi. E l'equità invero parrebbe richiederlo, perchè sempre chi gode somme di altrui spettanza, sia o no avvenuta la liquidazione, fa un lucro *sine causa* rappresentato dall'interesse sull'importo che verrà in definitivo accertato. Ma se poi badiamo alle norme che regolano fra noi siffatta specie di interessi, se pensiamo che nella stessa materia commerciale, ove più larga ne è l'applicazione, a tenore dell' Art. 41 del Codice di commercio, vuolsi l'estremo di un debito già *liquido ed esigibile*, ci è forza *de iure condito* concludere che sulla somma liquidata per sentenza a titolo di indennità non siano prima di allora a nessun titolo dovuti interessi dal danneggiante al danneggiato. Certo però sarà consigliabile che nella sua latitudine di estimazione del danno il giudice tenga calcolo del perduto lucro dal giorno del danno subìto a quello della definitiva liquidazione come di un coefficente della liquidazione stessa, in altre parole ne tenga calcolo nella determinazione della somma capitale che dichiara dovuta a titolo di risarcimento.

---

(1) Giorgi, *loc. cit.*, pag. 546. Con poca coerenza, quantunque *ad abundantiam*, il Giorgi fa ricorso a questo preteso principio regolatore della *mora ex re*, dopo aver sostenuto che siamo qui fuori del terreno della mora e che l'Art. 1231 è assolutamente inapplicabile.

145. Dell' anatocismo. Ad esaurire la presente materia resta che parliamo del cosidetto *anatocismo*, vocabolo che deriva dal greco (*ἀνά* = sopra, *τόκος* = frutto, interesse) e significa gli interessi che vengono prodotti dagli interessi di un capitale, in altre parole la capitalizzazione degli interessi acciocchè fruttino a loro volta (1).

Per prendere le mosse del Diritto romano, troviamo che l'anatocismo non tardò ad essere avversato, limitandolo prima, da ultimo proscrivendolo affatto, al che pensa taluno (2) abbia concorso un duplice motivo, un motivo di equità verso i debitori, esposti altrimenti a soverchio aggravio e al pericolo di completa rovina, d' altra parte un certo amore alla *elegantia iuris*, con la quale pareva incompatibile il lasciare che una accessione, quali sono gli interessi, ne partorisse un' altra: « *accessio accessionis non datur* ». Apprendiamo precisamente da Cicerone (3) che primieramente dai pretori fu l'anatocismo ridotto ad un anno (*anatocismus anniversarius*), non permettendo in altre parole che si potessero pretendere interessi sugli interessi prima che ne fosse compiuta un' intera annualità; che poi anche questo fu vietato. Divieto ribadito da Giustiniano, che lo rafforzò cercando di togliere ogni via per eluderlo, oltre al mantenere la grave sanzione dell' infamia, già comminata dagli imperatori Diocleziano e Massimiano (4).

Quanto al Diritto canonico, è noto com'esso condannasse gli stessi interessi dei capitali: a fortiori dunque era escluso che si potesse parlare secondo i canoni di anatocismo, il quale pertanto, sotto l' influenza concorde del Diritto romano e del canonico, si trovava proscritto generalmente quando si com-

---

(1) Cfr., fra altri, Caraffa, v.° *Anatocismo* in *Digesto it.*, Vol. III, Parte I (Torino, Unione 1895), pag. 197-208), n. 1, pag. 197.

(2) Schupfer, cit. *Obbligazioni*, pag. 27.

(3) Cicer., *ad Atticum*, V, 21, 11-13.

(4) V. su tutto ciò l. 26 § 1 D. de condict. indeb. 12, 6 di Ulpiano, relativa però piuttosto agli interessi di interessi futuri, non già d' interessi scaduti, l. 27 D. de re iudic. 42, 1 di Modestino, l. 20 Cod. ex quib. caus. inf. irrogat. 2, 12 di Diocleziano e Massimiano, l. 28 Cod. de usur. 4, 32 e l. 3 Cod. de usur. rei iudic. 7, 54, entrambe di Giustiniano.

pilarono i nuovi Codici (1). Questi poi si comportarono variamente in proposito: quali sancirono il tradizionale assoluto divieto, quali invece più opportunemente permisero l'anatocismo, circondandolo bensì di savie cautele e di limitazioni, dirette ad impedire ch'esso diventasse strumento vessatorio in mano agli usurai e causa d'inopinata rovina pei debitori. È questo infatti il partito razionalmente preferibile. Gli interessi scaduti rappresentano una somma di danaro, che il creditore avrebbe potuto reinvestire, se gli fossero stati pagati in tempo, onde in massima non si sa vedere perchè non abbiano a fruttificare ulteriormente. Ma d'altra parte un anatocismo irrefrenato, che facilmente il debitore consentirebbe all'atto in cui contrae l'obbligazione e confida di poterla adempiere puntualmente, lo esporrebbe poi ad amare sorprese e a disastri, di cui non potè facilmente misurare a priori la portata per la rapidità vertiginosa onde si accrescerebbe il debito in virtù dei cosidetti interessi composti. Ricordiamo in questa materia, come quelli che più ci interessano, il *Codice francese*, l'*austriaco* e l'*albertino*. Nell'originario Progetto francese, precisamente della Commissione dell'anno VIII, l'anatocismo era affatto proibito, ma poi fu definitivamente accolto in base alla considerazione fatta dal TREILHARD al Consiglio di Stato che, se è legittimo il prestito ad interesse, lo dev'essere del pari la capitalizzazione degli interessi scaduti e alle analoghe osservazioni dell'oratore del Governo, il BIGOT-PRÉAMENEU (2). Di qui l'Art. 1154 del *Codice francese*, che permette in massima l'anatocismo, solo esigendo che trattisi di interessi dovuti almeno per un'annata intera (ricompare dunque l'antico *anatocismus anniversarius*) e che intervenga all'uopo o una domanda in giudizio o una convenzione speciale.

Il *Codice austriaco* dispone al § 998: « Non possono mai prendersi gli interessi degli interessi. Di quelli tuttavia che sono dovuti per due o più anni si può, mediante conven-

---

(1) CARAFFA, *loc. cit.*, n. 3, pag. 105.
(2) FENET, XIII, pag 66 e pag. 256

zione, costituire un nuovo capitale ». (Analogamente il *Landrecht prussiano* (I, 11, §§ 818, 819) e il *Codice sassone* (§§ 679, 680). Il primo poi esige (§ 820) che questa convenzione segua giudizialmente: d'altra parte al § 821 dichiara dovuti gli interessi sugli interessi arretrati al pagamento dei quali il debitore sia stato condannato per sentenza). E simile convenzione, trasformante in capitale gli interessi arretrati di non meno di due annualità, consideravasi dai commentatori del Codice austriaco come operante novazione, donde p. es. la conseguenza che, non risguardandosi più il nuovo credito come un accessorio del capitale, ma nuovo capitale esso stesso, non godeva delle guarentigie (es. ipoteca) fornite pel debito originario (1). (Di novazione esplicitamente parla in simil caso il *Codice sassone*). Senonchè anche in Austria le cose oggidì sono cambiate in virtù della Legge 14 Giugno 1868, n. 62, con la quale fra altro fu al § 3 stabilito potersi esigere l'interesse dell'interesse: *a*) quando sia stato espressamente pattuito, *b*) quando sia promossa l'azione per il pagamento degli interessi scaduti, e allora dal giorno in cui fu intimata la petizione. Vi si soggiunge che la misura dell'interesse dell'interesse si regola secondo la convenzione (e qui va rilevato che il § 1 della Legge in esame tolse il limite legale nella misura dell'interesse convenzionale): ov'essa non sia stata pattuita, s'intenderà l'interesse legale.

Il *Codice albertino* del 1837, all'Art. 1245, aveva in via assoluta bandito l'anatocismo, disponendo: « Gli interessi scaduti dei capitali non possono produrre interessi nè in forza di domanda fatta giudizialmente nè in vigore di convenzione delle stesse parti. Possono bensì gli interessi scaduti produrre interessi quando, o per sostituzione all'antico debito di un altro debito di specie diversa, ovvero per mutazione della persona del debitore o del creditore, gli interessi assumono la natura di capitale ». Senonchè negli stessi Stati sardi il divieto dell'anatocismo fu poi tolto dall'Art. 2 della Legge 5 Giugno 1857. Essa si ispirò in sostanza al Codice francese,

(1) Cfr. p. es. Basevi, cit. *Annotazioni*, sul § 998, n. 2, pag. 478.

ma aggiungendo particolarità e specificazioni utilissime a dirimere certe questioni, che pur si agitano in Francia di fronte al citato Art. 1154 di quel Codice. Questa legge sarda servì perfettamente di modello al nostro legislatore, che, quasi testualmente riproducendola, dispose all'Art. 1232 nei seguenti termini: « Gli interessi scaduti possono produrre altri interessi o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda, e dal giorno di questa o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi. Nelle materie commerciali l' interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini. L' interesse convenzionale o legale d' interessi scaduti per debiti civili non comincia a decorrere se non quando trattasi d' interessi dovuti per un' annata intera, salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti quanto fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti ».

146. Dall' articolo testè citato, del quale trovasi data ampia giustificazione nella *Relazione Pisanelli* (1) si trae che, acciò abbia luogo valido anatocismo, occorrono i seguenti estremi:

1) che si tratti di interessi scaduti e per non meno di un'annata intera. Che non si potesse ammettere anatocismo su interessi di là da scadere (*usurae futurarum usurarum*) è ovvio. Ma anche per quelli già scaduti parve necessario un limite, temendo, ove si ammettesse la capitalizzazione di rate più brevi di un anno, quel rapido incremento del debito che la legge ha mirato a frenare (2). La legge parla di interessi dovuti

---

(1) *Relazione Pisanelli*, n. 147, pag. 90-91 del Vol. I della più volte citata Collezione GIANZANA.

(2) Contro questa restrizione veggansi le censure dei Sigg. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. e vol. cit.*, n. [illegible], pag. 466-467, sia perchè non valeva la pena di proibire la capitalizzazione fatta per periodi più corti di un anno, essendo le differenze trascurabili (al 5 0/0 la capitalizzazione per annate intere raddoppia il capitale in anni 14, 21, la capitalizzazione per mesi in anni 13, 93, per settimane in anni 13, 78), sia perchè è facile l' eludere il divieto, fingendo di aver ricevuto a scadenza (es. di un semestre) l' importo degli interessi e poi di averlo riconsegnato al debitore a titolo di mutuo quale nuovo capitale fruttifero.

per un' annata intera; noi ne abbiamo modificata la dizione, sostituendovi la formula: « per non meno di un' annata intera », perchè, avuto riguardo al testè detto motivo che anima la disposizione, se essa vale per interessi arretrati di dodici mesi, a fortiori varrà per interessi arretrati di tredici, di quindici, ecc. Il requisito in discorso è voluto anche se gli interessi del capitale fossero pagabili a rate minori di un anno. Esempio. Tizio mi presta oggi duemila lire al 5 0[0, interessi pagabili di semestre in semestre, cioè lire cinquanta ogni sei mesi. Scade la prima rata ed io non gli pago le 50 lire. Su queste non può aver luogo a partire dalla scadenza l' anatocismo: soltanto nel caso che allo scadere dell' anno io mi trovassi in arretrato di tutte due le rate unite, comincierà ad essere possibile l' anatocismo sulle complessive lire cento. E all' uopo occorrerà:

2) o una giudiziale domanda, che sia appunto rivolta ad avere oltre agli interessi scaduti (le lire cento) anche gli interessi dei medesimi, oppure una convenzione posteriore alla scadenza, con la quale aggiunta (*posteriore alla scadenza*) si è eliminata la questione che si fa al proposito in Francia, poichè l'Art. 1154 di quel Codice parla di convenzione senza altro (1). Se dunque nell' esempio dianzi recato all' atto stesso del mutuo si fosse stipulato che, cadendo io in mora nel pagamento degli interessi di un' annata, comincieranno da allora a correre sopra i medesimi altri interessi, ciò non terrebbe, e le cento lire di interessi arretrati dopo l'anno rimarrebbero per Tizio infruttifere. Con siffatto provvedimento, che ha perfetto riscontro nel *Codice svizzero delle obbligazioni* (2) e nel

---

(1) Cfr., fra tanti, LAURENT, *Principes*, XVI, n. 344, pag. 405-407, DEMOLOMBE, *Op. cit.*, XXIV, n. 656, pag. 648 e segg, HUC, *Op. cit.*, VII, n. 164, pag. 232, i quali tutti stanno per la soluzione divenuta legge fra noi, e veggansi pure le altre autorità ivi allegate in un senso e nell'altro. Rilevo specialmente tra i favorevoli alla tesi opposta LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, Vol. I, sull'Art. 1154, n. 6, pag. 96-97, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, IV, § 308, pag. 109-110, testo e nota 58.

(2) *Cod. svizzero delle obbl.*, Art. 335: « Non è valido il patto preventivo che gli interessi verranno aggiunti al capitale e produrranno nuovi interessi ».

nuovo *Codice germanico* (1) si intese di venire in aiuto al debitore, che forse per leggerezza, non essendo capace di valutarne a priori i gravosi effetti, o perchè pressato dal bisogno che gli fa accettare qualunque patto, o perchè fiducioso nel momento in cui contratta che potrà poi far onore puntualmente ai suoi impegni, per una od altra, dico, di siffatte cause facilmente consentirebbe di vincolarsi a priori all'anatocismo.

Dati gli esposti due estremi quale sarà il tasso degli interessi sugli interessi scaduti? Anche qui il legislatore nostro si è spiegato, cosa che non ha fatto il francese, stabilendo che nel caso di giudiziale domanda gli interessi degli interessi saranno al tasso legale, nel caso di convenzione in quella misura che alle parti piacerà di pattuirvi.

Altro punto su cui tace il Codice francese è quello del momento da cui l'anatocismo decorre. Orbene, il Codice nostro, sempre seguendo la già citata legge sarda, si è spiegato per ciò che riguarda la domanda giudiziale, dicendo che allora gli interessi sono dovuti dalla data di questa. Ma anche esso è muto sulla decorrenza dell'anatocismo pattuito mediante convenzione speciale. Questo silenzio non può che interpretarsi in senso favorevole alla libertà dei contraenti, che sappiamo essere la regola generale. E però non diremo che non possano le parti fissare la decorrenza degli interessi sugli interessi scaduti altro che dal giorno in cui fanno il patto speciale per l'anatocismo, potranno invece benissimo in questo patto portarne più addietro il punto di partenza, col solo limite di non far correre interessi sovra interessi scaduti da meno di un'annata. Esempio. Tizio è debitore moroso verso di me di tre annate di interessi sulle Lire duemila che ha al 5 0[0, cioè di trecento lire. Oggi facciamo la convenzione con cui si fissa l'anatocismo. Sarebbe errato il credere che non si possa stabilire se non che gli interessi corrano sulle trecento lire da oggi, può invece validamente pattuirsi che Tizio a partire da oggi mi debba appunto sino al pagamento

(1) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, § 248: « Eine im Voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig ».

della somma gli interessi sulle trecento lire, ma per di più mi debba due annate di interessi sulle prime cento, una sulle seconde cento. Nè qui ci sono da temere quegli inconvenienti che fecero proscrivere il patto d'anatocismo anteriore alla scadenza degli interessi, perchè questi essendo per ipotesi già scaduti, il debitore è in grado di misurare tutta la gravità del patto che accetta e che avviene, per dir così, a fatti compiuti, sicchè non si può affermare ch'egli abbia, come suol dirsi, lo schioppo alla gola e consenta perchè il bisogno ve lo urge (1).

146 *bis.* Alle regole sin qui esposte sull'anatocismo si fanno talune eccezioni.

Va da sè che dette norme proibitive non potranno essere derogate da disposizioni o convenzioni private (Art. 12 Disp. prelim. del Cod.)

Invece una prima e lata eccezione è fornita dalle materie commerciali, nelle quali, dice l'Art. 1232, l'interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini. Com'è che si fa richiamo ad usi e consuetudini e non anche a leggi mercantili, prima fra tutte il Codice di commercio? Perchè il Codice di commercio entrato in vigore assieme al civile nel 1866, nulla conteneva su ciò di speciale. Ma oggi invece è il caso di completare quel richiamo dell'Art. 1232 riferendosi anche al Codice di commercio, dacchè quello in vigore, attuato il 1. Gennaio 1883, racchiude esplicite disposizioni relative al *conto corrente*, per effetto delle quali sono adottati in tema di anatocismo principî diversi da quelli che valgono in materia civile. Il *conto corrente* importa una reciproca concessione di credito fra due persone, fra le quali sono frequenti rapporti d'affari, che ne riescono così notevolmente semplificati. Ciascuna parte divien proprietaria dell'importo delle rimesse che riceve dall'altra e se ne costituisce verso di

(1) Su ciò veggasi E. Bianchi, *La retroattività dell'anatocismo convenzionale* in *Archivio giuridico*, XVIII, pag. 27 e segg., riprodotto nei suoi *Studi ed appunti di Diritto civile* (Pisa, Nistri 1887), pag. 247 e segg., del quale in questa parte mi sono valso.

essa debitrice con gli interessi relativi dal giorno dell' esazione, cioè dal giorno dell'effettivo incasso del valore portato dalla rimessa. Di quando in quando i correntisti regolano le loro partite, e in questo regolamento pertanto, che può seguire sempre che a loro piaccia, p. es. ad ogni trimestre, si contrappongono e si elidono fino al comune importo i rispettivi crediti per capitali ed interessi. Il reliquato o saldo, nella cui formazione adunque entra anche il calcolo degli interessi sulle reciproche rimesse, viene intestato come prima partita del conto, che riprende, così semplificato, il suo corso e questa prima partita tosto fruttifica. Ecco dunque fatta eccezione con queste norme, le quali si desumono dagli Art. 345 e 347 Cod. comm., alla massima di Diritto civile che capitalizzazione non possa aver luogo di interessi scaduti da meno di un anno. Lo dichiara apertamente la Relazione fatta alla Camera dei Deputati sul Progetto del Codice di commercio il 2 Luglio 1880 (1). Nè si dimentichi d' altra parte il disposto dell' Art. 41 del Codice di commercio, relativo per verità ad interessi non moratorî, ma correspettivi, come altrove fu detto (v. s., n. 140, pag. 403). Per esso anche il debito di interessi, subito che abbia i caratteri della liquidità e della esigibilità, è a sua volta produttivo di interessi (2).

L' Art. 1232 contiene un' altra eccezione quanto al principio che interesse non possa decorrere sovra interessi dovuti per meno di un' annata, soggiungendo « salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti quanto fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti ».

Finalmente una terza eccezione alle norme comuni sull' anatocismo la si desume dall'Art. 1233 per quanto riguarda i frutti maturati delle rendite perpetue e vitalizie, i quali, ivi è detto, producono interesse dal giorno della giudiziale domanda o della convenzione. Bisogna intanto supporre si tratti

---

(1) cit. *Relazione* Mancini-Pasquali, n. XLIII, pag. 35.

(2) Così Bolaffio, cit. *Commento del Cod. di comm.* Vol. I, sull'Art. 41, n. 290, pag. 513.

di rendite costituite mediante pagamento di un capitale in danaro, perchè si resti nel nostro campo o almeno perchè fosse, nel silenzio del Codice, legittimato il dubbio che si dovessero applicare le norme restrittive dell'anatocismo. Esempio: Tizio dà ventimila Lire a Caio obbligandosi a non più ripeterle, e Caio a sua volta per sè ed eredi all'infinito si obbliga a corrispondere annualmente a Tizio od eredi suoi lire mille. Si ha allora quella rendita perpetua che dicesi rendita semplice o censo (Art. 1782), e quelle mille lire annue tengono in verità degli interessi di un capitale, seppure addirittura non si vogliono così qualificare. Parimenti supponiamo che trattisi di rendita vitalizia. Tizio ha date a Caio diecimila lire a fondo perduto, a patto che annualmente, vita sua natural durante, gli vengano da Caio corrisposte lire mille: anche qui queste lire mille si presentano sotto l'aspetto di un interesse, interesse elevato (del 10 anzichè del 5 0[0) in vista dell'alea inerente al contratto, perchè il giorno in cui Tizio muoia (anche se ciò avvenga l'indomani della stipulazione) Caio nulla più dovrà ad alcuno. Ebbene, supponiamo che in ambo i casi quelle mille lire si fossero stipulate pagabili in due uguali rate semestrali, di cinquecento lire l'una. Non pagato il primo semestre, può subito Tizio domandare giudizialmente le cinquecento lire, più gli interessi sovr' esse dal giorno della citazione, ovvero convenire sovr' esse un interesse con Caio; eppure non si è ancora maturata un'annata. Non basta, l'Art. 1233, parlando di convenzione in genere, mostra che non è nemmeno qui richiesto ch'essa sia posteriore alla scadenza (1). Caio, che per momentanei imbarazzi sa di non poter pagare alla scadenza del prossimo semestre le cinquecento lire, può fin d' ora validamente stipulare con Tizio che gli corrisponderà sovr' esse gli interessi in una data misura. Anche qui il patto tiene, mentre non terrebbe se stessimo alle regole generali, perchè anteriore alla scadenza. E tutto questo perchè? Perchè non parvero qui temibili le insidie degli usurai e le gravi conseguenze del

---

(1) Cfr. Chironi, *Colpa contratt.*, n. 285, pag. 634.

rapido ingrossamento del debito a carico dell'obbligato, attesa la irripetibilità del capitale (1).

146 *ter*. Ma se ancora può reggere, per la naturale assimilazione della rendita annua agli interessi, che si parli di eccezione alle norme sull'anatocismo in quest'ultima ipotesi di rendite vitalizie o di censi, vere eccezioni invece non sono gli altri casi contemplati nel 1° comma dell'Art. 1233, ad onta del modo ond'è formulato e del posto che tiene nel Codice. Riproduciamolo nella sua integrità: « Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue e vitalizie, producono interessi dal giorno della domanda giudiziale o della convenzione ». Che i fitti, che le pigioni, che le rate scadute di una rendita perpetua fondiaria costituita cioè (Art. 1780) per prezzo d'alienazione o qual condizione di cessione di immobili (e non di capitali come la rendita semplice) possano liberamente produrre interessi senza sottostare alle restrizioni proprie dell'anatocismo, era naturale e veniva da sè, perchè qui dell'anatocismo mancano gli estremi non essendo i fitti, le pigioni o le rate di una rendita fondiaria interessi di una somma di danaro. E più che inutile è stato dannoso l'occuparsene, perchè lo si è fatto tenendo presente l'Art. 1155 del *Codice francese* (2), senza ricordare una differenza che corre fra le due legislazioni quanto alla costituzione in mora. Gli interessi di mora sopra una somma di danaro dovuta non corrono di regola in Diritto francese, già lo sappiamo, che dal giorno della domanda giudiziale (Art. 1153 ult. capov.) presso di noi invece dal giorno della mora (Art. 1231), cioè dal giorno della scadenza, se il debito pecuniario è a termine fisso (dies interpellat pro homine), o altrimenti dal giorno dell'intimazione od altro atto equivalente senza che ci sia bisogno di una formale citazione (v. s., n. 144, pag. 410).

---

(1) Cfr., fra tanti, Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 140, pag. 191 (4ª ediz.).

(2) *Cod. francese*, Art. 1155: « Néanmoins les revenus échus tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention. La même règle s'applique aux restitutions de fruits et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur ».

Or duuque se il Codice avesse taciuto, come doveva tacere trattandosi di ipotesi estranee al tema dell' anatocismo, ne sarebbe venuto che, scaduta ad esempio la rata semestrale di fitto (obbligazione pecuniaria a termine), dal giorno della scadenza sarebbero corsi sopra di essa gli interessi a prò del locatore. Invece, avendo voluto ricondurre impropriamente questa materia sotto l' anatocismo per indicare che ad essa non se ne applichino le restrizioni, si introdusse inavvertitamente copiando il Codice francese un requisito che non ci dovrebb' essere, cioè quello della giudiziale domanda perchè decorrano interessi di mora sopra somme dovute a titolo di fitti, pigioni e simili.

Così è altrettanto improprio il configurare come un' eccezione alle regole limitatrici dell' anatocismo il caso cui si riferisce il capoverso dell'Art. 1233, così concepito: « La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti e per gli interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore ». Ma a chi mai poteva passar per la mente che qui trovasse applicazione l'Art. 1232 contenente le norme sull'anatocismo? Il caso è il seguente: « Un mio amico Tizio, soccorrendomi in un momento di imbarazzo economico, paga per me lire cinquecento a Caio quale rata semestrale d' interessi sul prestito di lire ventimila fattomi da Caio al 5 0[0. Evidentemente gli è come se Tizio avesse prestate a me quelle cinquecento lire, ed io con esse avessi soddisfatto quel debito della rata semestrale a Caio. Troppo naturale quindi, senza bisogno che la legge lo dicesse, che i limiti proprî dell'anatocismo non si debbano applicare nei rapporti fra me e l' amico Tizio.

Lo stesso si dovrebbe dire in un altro caso che la legge non contempla, che cioè una persona abbia ricevuti gli interessi scaduti per conto del creditore. Allora su questa somma riscossa e della quale dovrà al creditore rendere conto, correranno a favor del creditore stesso gli interessi secondo le regole generali, perchè quella somma, nelle mani di chi la ha ricevuta *sors efficitur*, per dirla alla romana (1). Ed è bene

(1) È l' espressione che troviamo nella l. 58 § 4 D. de adm. et peric. tutor. ecc. 26, 7 di Scevola. Ma il principio è pure affermato nella stessa

che questo caso sia sfuggito qui al legislatore nostro, che invece ha impropriamente racchiuso nell'Art. 1233 il caso precedentemente esaminato: così non si ha qui l'anomalia, già sopra censurata, del richiedersi domanda giudiziale per la decorrenza degli interessi. Questa si regolerà con le solite norme proprie della mora, e lo conferma, a proposito del mandato, l'Art. 1750 col dire: « Il mandatario deve gli interessi delle somme.... di cui è rimasto in debito dal giorno in cui fu costituito in mora »; delle *somme*, cioè di quelle esatte, a qualunque titolo le abbia esatte dai debitori del mandante, cioè sia come capitali, sia come interessi.

Per analoghe ragioni non costituisce nemmeno eccezione alle regole dell'anatocismo ciò che per legge vale riguardo al tutore, tenuto (Art. 291) a convocare in principio di tutela il Consiglio di famiglia, perchè, stabilita per approssimazione l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore e per l'amministrazione del patrimonio, fissi la somma da cui comincia l'obbligo pel tutore di impiegare gli avanzi delle rendite, il modo dell'impiego e il tempo entro il quale dev'essere fatto: stabilisce, p. es., che delle rendite del pupillo derivanti da fitti, interessi di mutui, ecc. sino a lire duemila si tengano per la predetta annua spesa, dalle duemila in su si impieghino in rendita dello Stato. Ecco allora dovuti dal tutore gli interessi sopra una somma che può essere in tutto o in parte costituita a sua volta da interessi riscossi per il minore. Ed a maggior sanzione il capov. del citato Art. 291 dispone: « Il tutore che avrà ommesso di provocare le deliberazioni del Consiglio di famiglia su questi oggetti, diventerà responsabile, alla scadenza di tre mesi, degli interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie ». Sarebbe mancare altrimenti all'obbligo incombente ad un buon amministratore di rinvestire le somme riscosse per gli amministrati, somme che sono pur sempre

---

legge al § 1, nonchè nella l. 7 § 12 D. mand. di Ulpiano e nella l. 10, § 3 i. f. D. mand. 17, 1, pure di Ulpiano.

capitali in sue mani, anche se riscosse come interessi di capitali fruttiferi dell' amministrato (1).

147. In materia di interessi arretrati, dopo l'anatocismo, merita di essere ricordata un'altra restrizione, che però da noi non ha più che un' importanza storica. Una costituzione dell' imperatore Antonino, diventata la l. 10 Cod. Just. de usur. 4, 32 stabiliva non ammettersi *usurae* arretrate *ultra alterum tantum*, cioè non si poteano domandare interessi eccedenti pel loro cumulo l' importo del capitale. Giustiniano poi va più in là e con una serie di costituzioni stabilisce che, anche quando non si tratti di interessi arretrati, ma pagati via via regolarmente, essi cessino di correre quando oramai il loro importo avesse pareggiato il capitale (2). Cosa altrettanto assurda come lo sarebbe il disporre che chi abita una casa a titolo di conduzione da tanti anni, che, sommate assieme le annualità di pigione da lui esborsate al locatore, darebbero ormai il valore della casa, dovesse quindi innanzi goderla gratuitamente. Intanto della prima di siffatte restrizioni, propria del Diritto romano dei tempi classici, troviamo pur traccia in qualche legislazione moderna, p. es. nel § 1335 del *Codice austriaco,* così concepito: « Se il creditore ha lasciato senza giudiziale interpellazione accumulare gli interessi sino alla somma del debito capitale, rimane estinto il diritto di chiedere ulteriormente gli interessi sul capitale. Questi però potranno domandarsi di nuovo dal giorno della promossa petizione ». Nulla di ciò nel patrio Diritto civile, certo in questa parte assai più ragionevole.

Fa meraviglia anzi che in Austria le leggi del 1866 e del 1868, che pure abolirono il limite nel tasso degli interessi convenzionali, quello relativo all' ammontare della clausola penale, nonchè il divieto dell' anatocismo (v. s., n. 136, pag. 385 nota 2, e n. 145, pag. 415), abbiano tuttavia rispettato il disposto del citato § 1335 del Codice civile. Tanto più la cosa stupisce inquanto quel principio trovasi già abrogato nella monarchia austriaca in materia commerciale, in virtù dell' Art. 293 del Codice di commercio germanico del 1862, che suona: « Negli atti di commercio possono gli interessi nel loro complessivo importo superare il capitale ».

---

(1) Cfr. Caraffa, *Op. cit.*, n. 40, pag. 207.

(2) l. 29, l. 30 Cod. de usur. 4, 32, Nov. 121 c. 2, Nov. 138, Nov. 160.

SEZIONE VI.

Prestazione del rischio e prestazione di colpa nelle obbligazioni alternative

SOMMARIO

148. Studiati gli effetti del caso, o in altre parole la teorica della sopportazione dei rischi, nonchè quelli del dolo e della colpa in rapporto alle obbligazioni in generale, importa vedere come si applicano nelle obbligazioni alternative, perchè quivi le esposte teoriche si atteggiano in un modo speciale causa la pluralità di oggetti che cadono *in obligatione* (1). A ciò si riferiscono gli Art. 1180, 1181, 1182, 1183, l'ultimo dei quali dichiara, lo sappiamo (v. s., n. 40, pag. 108), che le regole stabilite dai precedenti (e in generale in tutta intera quella Sezione) si applicano ai casi in cui più di due cose siano comprese nell'obbligazione alternativa. Il legislatore nostro ha inoltre tenute presenti, e neppur questa è per noi cosa nuova, avendola altrove posta in rilievo e censurata (*loc. cit.*),

---

(1) L'argomento delle obbligazioni alternative trovasi così nel presente Volume smembrato in due parti, ma tale inconveniente mi è parso minore di quello nel quale si incorre da taluno illustrando, in ordine alle alternative, le regole a loro speciali sulla prestazione dei rischi e delle colpe, prima di aver esposta la teoria della prestazione medesima nelle obbligazioni in generale. Dichiaro poi di avere nella succinta trattazione dell'argomento della presente Sezione fatto tesoro particolarmente del BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 88-95.

le sole obbligazioni alternative, dove l' oggetto è un *dare*. E noi per semplicità seguiremo il Codice nella rapida nostra scorsa su tale materia, ma non senza premettere che quanto diremo circa il perimento dell' una o dell' altra cosa o di entrambe va esteso alle obbligazioni alternative di qualsiasi genere, dove l' alternativa sia fra due *facere* o fra un *dare* e *un facere*, in altre parole ad ogni ipotesi di sopravvenuta impossibilità di effettuare l' una o l' altra o entrambe le prestazioni nel vincolo obbligatorio dedotte.

Ciò premesso, conviene distribuire l' intricata materia in tre grandi categorie: I) Che periscano tutte le cose comprese nell' obbligazione alternativa per uno stesso genere di cause. II) Che ne perisca una e resti quindi possibile la prestazione dell' altra. III) Che periscano tutte, ma però per cause di genere diverso. Queste cause di estinzione delle cose, di cui nelle singole categorie dovremo separatamente tener conto, sono il caso, la colpa del debitore, la colpa del creditore, intesa qui la parola colpa in senso lato, sì da comprendervi a fortiori il dolo. Finalmente altro elemento che vedremo doversi tener presente quasi sempre è se la scelta spetti al debitore od al creditore.

149. A) *Tutte le cose alternativamente dovute periscono per una stessa causa:*

a) Se trattasi di *caso fortuito* (es. il fulmine uccide e il cavallo *a* e il cavallo *b*, uno od altro dei quali io aveva promesso di dare a Tizio) l' obbligazione rimane estinta come se una sola cosa fosse stata in *obligatione*, e rimarrà l' eventuale diritto alla controprestazione (Tizio mi dovrà p. es. il prezzo pattuito).

b) Se le cose periscono per *colpa del debitore,* bisognerà vedere se la scelta spettava al debitore stesso od al creditore. Se al debitore, o le cose perirono contemporaneamente, e darà il prezzo, o, più in generale, il risarcimento per l' una o per l' altra a sua scelta: o perirono successivamente, e dovrà risarcire il creditore per la perdita dell' ultima cosa perita. La scelta s' intende egli la avesse già esercitata col far perire la prima, sicchè sull' altra rimasta si concentrasse oramai l' obbligazione, e di quest'ultima dunque dovrà rispondere, stando

in ipotesi che l' ha poi fatta perire ancor essa. Se la scelta invece spettava al creditore, egli potrà chiedere al debitore il risarcimento per l' una o per l' altra cosa come gli piace meglio, le abbia il debitore fatte perire unitamente o disgiuntamente.

c) Se le cose perirono per *colpa del creditore*, ipotesi certo meno frequente in pratica, il Codice non ci soccorre con le sue statuizioni. Ove al debitore spettasse la scelta, è naturale concludere che dirà egli quale delle due cose avrebbe data, esigendo pertanto dal creditore indennizzo per l' altra. Pel caso invece di scelta spettante al creditore stesso, si disputano il campo svariate opinioni (1). Io trovo lodevole la soluzione adottata dal *Codice sassone* (2) e già proposta nel *Progetto di Dresda* (3), che, se le cose perirono unitamente, il creditore possa a sua scelta dichiarare quale delle due va ad estinzione del suo credito dovendo l' indennizzo per la perdita dell'altra, se invece perirono separatamente, egli debba l' indennizzo dell' ultima per ciò ch'egli abbia inteso già di esercitare la sua scelta, nel senso di pagarsi con la prima, fin dal momento in cui la ha fatta perire (4).

---

(1) Si veggano in De Crescenzio, cit. v.° *Obbligazione* in *Enciclopedia giur. ital.*, XII, Parte I, n. 214, pag. 259.

(2) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 726: « Verschuldet der Berechtigte die Unmöglichkeit der Leistung rücksichtlich sämmtlicher Gegenstände, unter welchen er die Wahl hatte, so kann er, wenn sich die Unmöglichkeit bei sämmtlicher Gegenständen gleichzeitig ereignet hat, den Gegenstand wählen durch welchen seine Forderung als erfüllt gelten soll, und seine Verbindlichkeit auf Schadenersatz beschränkt sich auf die übrigen Gegenstände, wogegen, wenn die Unmöglichkeit für die einzelnen Gegenstände zu verschiedenen Zeiten eintritt, die Forderung durch den Gegenstand, dessen Leistung zuerst unmöglich geworden ist, als erfüllt gilt, und der Berechtigte wegen der übrigen Gegenstände zum Schadenersatze verpflichtet ist ».

(3) cit. *Dresd. Entwurf*, Art. 282, la cui locuzione è quasi identica a quella del *Codice sassone*. Fra noi in questo senso Bellavite, *Op. cit.*, pag. 90-91.

(4) Altri invece senza distinguere sostiene che il creditore non perda mai nemmeno in questa ipotesi il diritto di scelta. Così, p. es. Coviello, cit. *Del caso fortuito*, pag. 116 e gli Autori ivi citati nella nota 63.

150. B) *Perisce una sola delle due cose alternativamente dovute:* Anche qui bisogna aver riguardo alla causa per cui è perita la cosa od altrimenti resa impossibile la prestazione di essa.

a) Caso fortuito: L'obbligazione si concentra sull'oggetto che rimane, col quale verrà adempiuta l'obbligazione, sia che la scelta spetti all'una sia che all'altra parte. Chè infatti anche se la scelta spettava al debitore, non potrebb'egli offrire il prezzo della cosa casualmente perita in luogo di quella rimasta. Pare invece che questo diritto di opzione gli spettasse come *facultas alternativa* in Diritto romano, in favore di che si adducono la l. 47, § 3 D. de legat. et fideicomm. 1 (30) di ULPIANO e la l. 95 § 1 de solution. 46, 3 di PAPINIANO (1). Ma non manca chi sostiene pure in Diritto romano la più rigida opinione ch'è oggidì legge fra noi, invocando la l. 34, § 6 D. de contrah. emt. 18, 1 di PAOLO e la l. 95 pr. D. de solution. 46, 3 di PAPINIANO. A dir vero, quando si ammetta che l'obbligazione è diventata semplice concentrandosi sull'oggetto rimasto, è logica la conseguenza che non si possa dare il prezzo dell'oggetto perito, che sarebbe un *aliud pro alio;* onde io trovo infondate le censure che molti autori muovono al nostro Codice su questo proposito: accolgono la premessa e non vogliono ammetterne questa necessaria conseguenza. Vuol così la logica del sistema adottato (2). Capisco benissimo che si possa vagheggiare un sistema del tutto diverso, quale si è quello del *Codice austriaco* (3) e del *prussia-*

---

(1) Pare opinione prevalente fra romanisti: cfr. DE CRESCENZIO, *loc. cit.*, n. 206, pag. 251 testo e nota 1, il quale pure in favore di essa si pronuncia al pari del BELLAVITE, *loc. cit.*

(2) Cfr. la mia *Dazione in pagamento,* I, n. 18, pag. 48-49. Nè c'è d'altra parte bisogno di ricorrere al principio *res perit domino,* altrove da noi combattuto, per giustificare in questa parte il Codice, come fa invece il BOURBEAU, *Théorie des risques et périls dans les oblig. en Dr. rom. et en Dr. fr.* (Poitiers, Dupré 1865), pag. 127. Bene lo combatte il COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 112, nota 55.

(3) *Codice austriaco,* § 907: « Quando in un contratto fu espressamente riservata la scelta, e questa si rende vana per essere accidentalmente perita una o più cose fra le quali doveva farsi, la parte cui competeva la

no (1), secondo cui la parte che avea diritto alla scelta e che in fatto non può più esercitarla, essendo una delle cose fortuitamente perita, può recedere, se così le piaccia, dall' obbligazione. Non capisco che, tenuta necessariamente ferma l' obbligazione considerandola oramai come semplice, si possa far rivivere l' opzione avendo riguardo al valore della cosa perita.

b) Colpa del debitore: Se al debitore stesso spettava la scelta, egli potrà liberarsi prestando l' oggetto rimasto, non potrebbe certo dare in sua vece il valore dell' oggetto perito. Se la scelta spettava al creditore egli potrà chiedere o l' oggetto rimasto o l' indennizzo per quello perito, sul quale appunto, ove non fosse perito per colpa del debitore, egli può dire che avrebbe fatta cadere la scelta.

c) Colpa del creditore: Di questa men frequente ipotesi il Codice tace. I principî razionali da adottarsi sembrano i seguenti. Aveva egli il diritto di scelta? Ebbene, si intenderà l' abbia esercitata col far perire quella cosa, e con essa si intenderà senz' altro adempiuta l' obbligazione, dalla quale oramai si svincola la cosa rimasta. Ovvero il diritto d' opzione spetta al debitore, ed egli deve avere la facoltà o di pagare con l' oggetto rimasto ed esigere il risarcimento per quello perito, o di svincolare dalla obbligazione l' oggetto rimasto, mettendo in conto di adempimento la cosa perita. Non deve in verità il fatto del creditore menomare al debitore il suo diritto di scelta. Di cosifatta soluzione non mancano in verità esempi legislativi. Così infatti opportunemente dispone

---

scelta non è più obbligata al contratto. Che se la parte obbligata è in colpa, sarà responsabile di aver reso vano il diritto di scelta verso l'altra cui competeva ».

(1) *Allegm. preuss. Landr.* I, 11, § 33: « Ist dem Käufer die Wahl unter mehreren bestimmten Sachen vorbehalten worden, und eine oder die andere derselben wird, vor angestellter Wahl, es sei durch Zufall oder durch das Zuthun des Verkäufers, vernichtet, verdorben, oder sonst abhanden gebracht, so ist der Käufer an den Vertrag nicht mehr gebunden ».

il *Codice sassone* (1) e così proponeva il *Progetto di Dresda* (2).

151. C) *Tutte le cose alternativamente dovute sono perite, ma per cause varie:* Una cosa p. es. è perita per caso, l'altra per colpa del debitore o per colpa del creditore. Si hanno qui allora delle ipotesi che si risolveranno combinando i principî sovraesposti che regolano i casi semplici di perimento di una delle cose *in obligatione* per una od altra causa. Soffermiamoci tuttavia sopra una di queste ipotesi, seguendo il Codice che la contempla nel 2° capov. dell'Art. 1180 e nel 2° dell'Art. 1181, che cioè una cosa sia perita per caso e l'altra per colpa del debitore:

a) Scelta spettante al debitore: Dice il cit. capov. dell' Art. 1180: « Se ambedue le cose sono perite, e il debitore è in colpa riguardo ad una di esse, deve pagare il prezzo di quella che perì l' ultima ». Sono due i casi qui possibili, che cioè la prima cosa perita sia perita per un fortuito e la seconda per colpa del debitore, e viceversa. Nel primo caso apparisce subito la giustezza della disposizione. Perita per caso una cosa, l' obbligazione oramai si è concentrata sull' altra come se fosse stata semplice fin dall'origine; quando poi questa seconda cosa perisce per colpa del debitore, è naturale che egli debba per essa indennizzo. Ma nel secondo caso, che cioè la prima cosa perisca per colpa del debitore e la seconda per un fortuito, si potrebbe a prima vista credere ch'egli nulla dovesse. Infatti perita la prima cosa, sia pure per sua colpa, l' obbligazione rimane ormai concentrata nell' altra, a termini della prima parte dell'Art. 1180, così concepita: « L'obbliga-

---

(1) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 724: « Verschuldet der Berechtigte die Unmöglichkeit der Leistung eines der mehreren Gegenstände, unter welchen er die Wahl hat, so gilt die Forderung als erfüllt. Hatte der Verpflichtete die Wahl, so kann er entweder verlangen dass der Berechtigte die Forderung als erfüllt annehme, oder einen der übrigen Gegenstände leisten, und wegen des durch die Verschuldung des Berechtigten untergegangenen Gegenstandes Schadenersatz fordern ».

(2) *Dresd. Entwurf.* Art. 281, che, con lievi varianti di locuzione, si uniforma al *Codice sassone.*

zione alternativa diviene semplice se una delle due cose promesse perisce o non può più essere conseguita, quantunque ciò accada per colpa del debitore ». Orbene, la seconda cosa, oggetto unico oramai dell'obbligazione, perisce per caso e, come la perdita fortuita dell'oggetto dedotto in un'obbligazione *ab origine* semplice disobbliga il debitore da qualsiasi prestazione, così dovrebbe avvenir qui. Ma obbiettiamo che qui il caso si è verificato mentre il debitore già versava in colpa rispetto all'obbligazione, perchè è per un fatto a lui imputabile che questa da alternativa che era si è ridotta ad obbligazione semplice e però si spegne (v. s., n. 95 pag. 231 e segg.) com'egli non sia liberato. È poi giusto che debba il valore dell'ultima cosa perita perchè su quella aveva egli dimostrato di far cadere la scelta col far perire l'altra (1) (2).

b) Scelta al creditore: Allora il nostro Codice nelle configurate ipotesi gli dà diritto sempre a chiedere il risarcimento per l'una o per l'altra a sua scelta. C'è chi difende tale statuizione (3), ma a me sembrerebbe preferibile l'altra adottata dal *Codice sassone* (4), proposta dal *Progetto di Dre-*

---

(1) Mi pare questo un argomento perentorio in difesa della nostra legge contro il Coviello, il quale trova (*Op. cit.*, pag. 113) che « sarebbe stato più equo e più conforme ai principî obbligare il debitore a pagare il prezzo di quella cosa che perì per sua colpa.

(2) Di passaggio osservo che la massima riferita della prima parte dell'Art. 1180, ridursi cioè semplice l'obbligazione anche se una delle due cose perisca per colpa del debitore non ha quella generale portata che dal testo apparirebbe. Presa infatti a rigore, essa ci avrebbe dovuto condurre più sopra (cioè nel n. 50 lett. *b* in fine) alla conclusione che il creditore, benchè avente diritto di scelta, non possa esigere che la cosa rimasta (tutt'al più con l'aggiunta di un risarcimento per la toltagli possibilità di scelta); mentre vedemmo che allora può, a tenore dell'Art. 1881 e conforme a giustizia, preferirvi l'indennizzo per la cosa perita

(3) Così p. es. Chironi, *Colpa contratt.*, n. 173, pag. 385-386, e cit. *Istit. di Dir. civ.*, II, § 262, pag. 17.

(4) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 726: « Verschuldet der Verpflichtete die Unmöglichkeit der Leistung des einen der mehreren Gegenstände und gehen die andere Gegenstände durch Zufall unter, so hat der Verpflichtete, *es mag ihm oder dem Berechtigten die Wahl zukommen*, Schadenersatz für den durch seine Verschuldung untergegangenen Gegenstand

sdr (1), patrocinata infine da più d'uno nella dottrina (2), che cioè il creditore abbia diritto di ottenere il risarcimento della cosa perita per colpa del debitore, non mai di quella perita per caso. La prima cosa perisce per caso: l'obbligazione è divenuta semplice, la seconda cosa, oramai oggetto unico dell'obbligazione, perisce per colpa del debitore; perchè deve tornare in campo la prima sicchè per essa, anzichè per l'altra, possa chiedere il creditore indennizzo? Quando invece la prima cosa è perita per colpa del debitore e la seconda per caso, allora sì s'intende logicamente che per quella prima (e per essa soltanto) si possa chiedere indennizzo, chè qui si affaccia la considerazione esposta poco fa esaminando il caso di scelta spettante al debitore, del dover cioè questi rispondere per essere la semplificazione dell'alternativa derivata da fatto a lui imputabile, sicchè non gli valga il trincerarsi dietro il fortuito che ha reso poi impossibile l'adempimento anche dell'obbligazione così semplificata. D'altra parte non dico che il creditore possa chiedere l'indennizzo, se così gli piaccia, per la cosa perita da ultimo per caso, anzichè per quella perita prima per colpa del debitore, perchè già anche se la colpa del debitore non fosse per nulla intervenuta, egli il suo diritto di opzione lo avrebbe perduto, nel senso di non poter più esigere la cosa che per caso è distrutta od il valore di essa.

152. Dei rischi-pericoli e colpe riguardo alle deteriorazioni di cose dedotte in alternativa anzichè, in ordine alla loro totale estinzione (3), il Codice non si occupa. Ma con l'analogia

---

zu leisten ». Dove è altresì notevole che il principio vale anche se al debitore spetti la scelta, come risulta dalle parole riferite in corsivo.

(1) *Dresd. Entwurf*, Art. 283, conforme al Codice sassone con insignificanti differenze di parole.

(2) Cfr. p. es. LAURENT, *Principes*, XVII, n. 248, pag. 256, il quale rileva la quasi unanimità degli scrittori francesi nel censurare in questa parte l'Art. 1193 analogo al nostro 1150, contenente una ingiustificata deviazione dall'insegnamento del POTHIER (cfr. POTHIER, *Op. cit.*, n. 252, pag. 66). E fra i nostri BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 95.

(3) Sull'argomento veggasi in particolare fra noi GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 442, pag. 505-506.

di legge e col ricorso ai principî generali non riesce difficile il risolvere anche simili ipotesi. Così, per dirne una, se una delle due cose deteriori per caso fortuito, il debitore che abbia la scelta potrà pur sempre con essa, anzichè con l' altra rimasta integra, estinguere l'obbligazione. Se deteriori invece per colpa di lui, dovrà dare l' altra, avendo oramai per fatto proprio perduto il diritto di scelta e non potendo pretendere, perchè *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* (nemmeno in parte), che il creditore accetti invece la cosa deteriorata, più i danni interessi (1).

---

(1) Cfr. Demolombe, *Op. cit.*, T. XXVI (III del *Traité des contrats*, n. 94, pag. 74-75. **Contra** Giorgi, *loc. cit.*, pag. 505.

INDICE

PARTE SECONDA

Effetti dell' obbligazione

ERRATA	CORRIGE
A pag. 73 linea 4 alla parola	della parola
A pag. 80 linea 18 nella causa trattavasi.	nella causa trattavasi).
A pag. 99 linea 4 relativamente ad essi	relativamente ad essa
A pag. 105 linea 3 locatore	conduttore
A pag. 242 linea 4 Fondamentale ecc.	**103.** Fondamentale ecc.
A pag. 269 nota 1 *Op. cit.*, § 79	WENING INGENHEIM, *Die Lehre vom Schadenersatze u. s. w.* (Heidelberg, Mohr 1841), § 79
A pag. 351 nota 2 in fine nella nota 3 della pagina	nella nota 4 della pagina
A pag. 432 nota 2 linea 5 nel n. 50	nel n. 150